النَّسَب
فقهاً وقضاءً

دكتورة
عبلة عبد العزيز عامر

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة
٢٠١١

رقم الإيداع ٩١٦١٩ /٢٠١١

الترقيم الدولى .I.S.B.N

978-977-04-6771-1

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ المَاءِ بَـشَرَاً فَجَعَلَـهُ نَـسَبَاً وصِهْرَاً وكَانَ رَبُّكَ قَدِيراً ﴾ .

صدق الله العظيم

الآية ٥٤ من سورة الفرقان

الفصل الأول

مدة الحمل

الفرع الأول

أقل مدة للحمل

إن أقل مدة للحمل هى ستة أشهر وذلك نجده فى قول الله عز وجل ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا ﴾ وقوله عز وجل ﴿ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ فإذا طرحنا مدة الفصال الموجودة فى الآية الأخيرة من مدة الحمل والفصال فى الآية الأولى بقى للحمل ستة أشهر([1]) .

- وروى أن رجلا تزوج من امرأة فولدت ولداً لستة أشهر من الزواج ، فهم سيدنا عثمان رضى الله عنه برجمها إلا أن ابن عباس قال : لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم ، فإن الله عز وجل يقول ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا ﴾ ويقول تعالى ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ فيبقى لمدة الحمل ستة أشهر .

فدرأ عثمان الحد عنها ، وأثبت نسب المولود للزوج([2]) .

([1]) الجوهرة النيرة جـ٢ ص١٦٢ .

([2]) روى مثل ذلك عن سيدنا على مع سيدنا عمر رضى الله عنهما (روى أنه رفع إلى عمر ان إمرأة ولدت لستة أشهر من وقت زواجها ، فهم سيدنا عمر رضى الله عنه برجمها ، فقال له سيدنا على رضى الله عنه ، ليس لك ذلك ، قال الله تعالى ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾ وقال تعالى ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا ﴾ فخلى سيدنا عمر رضى الله عنه سبيلها .

انظر الاختيار شرح المختار جـ٢ ص٢٣٧-٢٣٨ - الزيلعى على الكنز جـ٣ ص٤٥ - فتح القدير جـ٣ ص٣١١ وعلى هامشه شرح العناية .

وقد كان تأويل ابن عباس بمحضر من الصحابة فلم يعترض عليه أحد ، فكان بمثابة الإجماع ، وظاهر بوضوح من مقارنة النصين أنه يلزم أن يبقى للحمل ستة أشهر .

وقد تم الإجماع بين الأئمة وغيرهم من الفقهاء على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر(1) حيث في الآية الأولى جُمع الحمل والفصال ، وفي الثانية اقتُصر على الفصال ، فتبقى الزيادة في الآية الأولى للحمل ، لأنه لم يرد في الآية الثانية ، والفصال قدر مشترك فيهما .

(1) تنوير الأبصار وشارحه الدر المختار ، وهما على هامش حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٥٧ – الزيلعي على الكنز جـ٣ ص٤٥ – فتح القدير وشرح العناية وحاشية سعد جلبي جـ٣ ص٣١١ .

وبفتح القدير وشرح العناية أن هذا التقدير الذي قال به ابن عباس مخالف بما ذكره في الرضاع من هذا الكتاب لأبي حنيفة ، لأنه جعل هناك ثلاثين شهراً مدة لكل واحد من الحمل والفصال ، وكان المنقص في حق الحمل فقط ، وهو حديث عائشة رضي الله عنها ، أما هنا فقد جعلها مدتهما جميعاً ، ثم أصاب منها الفصال عامان بقوله تعالى ﴿ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ ومن ضرورة ذلك أن يبقى للحمل ستة أشهر . وقال في شرح العناية بأن استدلاله هناك كان بالنظر إلى الآية الأولى ... وههنا بالنظر إليها وإلى الأخرى . ويجوز أن تكون الآية بالنظر إلى ذاتها مفيدة لحكم آخر ، وقد علق على هذا سعد جلبي في حاشيته بقوله : إنه جعل هنا المدة المذكورة في الآية الكريمة مضروبة لمجموع الحمل والفصال أمراً مقرراً ، ثم عمد إلى الآية الأخرى فعين بها ما أصاب الفصال من تلك المدة لتعين مدة الحمل ، وأنه لا يمكن أن يراد بكلام واحد معنيان متقابلان في إطلاق واحد ، كما لا يخفى ... وجاء في فتح القدير : إنه غير صحيح ، لما يلزم من أنه يراد بلفظ الثلاثين في إطلاق واحد حقيقة ثلاثين وأربعة وعشرين باعتبار إضافتين .

الفرع الثانى

أكثر مدة للحمل

بعض الآراء ذكرت أن أطول مدة للحمل هى سنتان وبعضهم ذكر أن أطول مدة للحمل أربع سنوات ، والبعض قررها سنة قمرية والبعض قررها تسعة أشهر ، وسأتناول هنا إن شاء الله هذه الآراء كل على حدة :-

الرأى الأول : **أكثر مدة للحمل سنتان** استدلالاً بما روى عن السيدة عائشة رضى الله عنها (مذهب أبى حنيفة والثورى وروى عن أحمد وعن عائشة)([1]) زوج الرسول ﷺ [لا يبقى الولد فى رحم أمه أكثر من سنتين ، ولو بفركة مغزل] وهذا لا يعرف إلاّ سماعاً وليس للعقل فيه مجال فكأنما روته عن النبى ﷺ .

الرأى الثانى : (رأى الشافعى ، ومذهب الحنابلة ، والمشهور عن مالك وكذلك روى عن عثمان وعلى وغيرهما)([2]) .

([1]) الجوهرة المنيرة جـ٢ ص١٦٣ – الاختيار جـ٢ ص٢٣٨ – حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٥٧ . وقد ذكر أن الدارقطنى والبيهقى أخرجا فى سننهما أن السيدة عائشة رضى الله تعالى عنها قالت (ما تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل) .
وفى لفظ : (لا يكون الحمل أكثر من سنتين ... إلخ) . قال فى البحر : وظل المغزل مثل للقلة ، لأن حال الدوران أسرع زوالاً من سائر الظلال .
حاشية الشلبى على الزيلعى جـ٣ ص٤٥ – المغنى جـ٩ ص١١٦ وجاء به أن الضحاك ابن مزاحم وهرم ابن حيان حملت أم كل واحد منهما به سنتين .

([2]) حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٥٧ – الزيلعى على الكنز جـ٣ ص٤٥ « وقال مالك حين بلغه حديث عائشة منكراً عليها : هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع –

استدلالاً بما روى الدارقطني عن مالك بن أنس قال : هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان ، امرأة صدق ، وزوجها رجل صدق ، حملت ثلاثة أبطن ، في اثنتي عشرة سنة ، كل بطن في أربع سنين .

– وبما روى أن الضحاك بقي في بطن أمه أربع سنين ، وأن محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسن بن علي وإبراهيم بن نجيح العقيلي بقي كل منهما في بطن أمه أربع سنين ، وقد حكى ذلك أبو الخطاب ، وأنه متى تقرر وجود ذلك وجب أن يحكم به ، ولا يزاد عليه ، لأنه هو الذي وجد ، ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ، ولم يكن هذا إلا لأنه أكثر الحمل .

وقد رد الحنفية على أصحاب هذا الرأي بقولهم : إن القول بالسنتين سنده حديث السيدة عائشة رضي الله عنها ، وقول السيدة عائشة رضي الله عنها مما لا يعرف إلا سماعاً عن النبي ﷺ ، وأنه بذلك مقدم على الخبر

= سنين ، وابن عجلان بنفسه بقي في بطن أمه أربع سنين ، ذكره الشافعي » – فتح القدير جـ٣ ص٣١٠ (وأخرج الدارقطني ، ومن جهته البيهقي عن الوليد بن مسلم ، قال : قلت لمالك ابن أنس : أفي حديث عن عائشة أنها قالت : لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل مغزل ، فقال : سبحان الله ، من يقول هذا !! هذه جارتنا ، امرأة محمد بن عجلان ، امرأة صدق ...) وقال الشافعي أربع سنين ، وهو المشهور من مذهب مالك وابن حنبل ، وقال ربيعة : سبع سنين . وقال الليثي بن سعد : ثلاث سنين . وقال عباد بن العوام : خمس سنتين وعن الزهري : ست سنين . وقال ابن عبيد : ليس لأقصاه وقت يوقف عليه) – المغني لابن قدامة جـ٩ ص١١٦ ، ص١١٧ .

راجع البحر الزخار وعلى هامشه جواهر الأخبار والآثار جـ٣ ص١٤٣-١٤٤ وقد ذهب إلى أن أكثر مدة للحمل أربع سنوات ، لأنه فتوى علي ، ورجحه على قول أبي حنيفة وعائشة ، باعتبار أن فتوى علي تفيد توفيقاً .

المروى عن مالك بن أنس ، لأن حديث السيدة عائشة رضى الله عنها ، بعد صحة نسبته إلى الشارع ، لا يتطرق إليه خطأ ، بخلاف ما روى عن مالك ، فإنه يعد صحة نسبته إليه ، يحتمل الخطأ - وكون دم المرأة انقطع أربع سنين ، ثم جاءت بولد لا يفيد أن أكثر مدة للحمل أربع سنين ، لأنه يجوز أن يكون طهرها قد امتد لمدة سنتين أو أكثر من ذلك ، ثم حملت بعد ذلك ، ووجود حركة فى البطن ليس دليلاً قاطعاً على وجود حمل ... قد يكون لسبب آخر أو لعلة ما ... وأحكام الشرع تبنى على الأعم الغالب ولا يوقف عند الشاذ من الأمور .

وأن ما زاد على السنتين نادر الوقوع ، فلا تتعلق به الأحكام ، لأن النادر لا حكم له .

وبالنسبة للحكايات المبنى عليها رأيهم ، فهى حكايات غير ثابتة ، ولا تعتبر حجة شرعية فى نفسها ، فلا يحتج بها لإثبات نسب أو نفيه([1]) .

([1]) الجوهرة المنيرة جـ٢ ص١٦٣ - حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٥٧ - الزيلعى على الكنز جـ٣ ص٤٥ - فتح القدير جـ٣ ص٣١٠ (ووجود حركة مثلاً فى البطن ، لو وجدت ليس قاطعاً فى الحمل ، لجواز كونه غير الولد ، ولقد أخبرنا عن امرأة أنها وجدت ذلك مدة تسعة اشهر ، من الحركة وانقطاع الدم ، وكبر البطن ، وإدراك الطلق ، فحين جلست القابلة تحتها أخذت فى الطلق ، فكلما طلقت اعتصرت ماء ، هكذا شيئاً فشيئاً ، إلى أن انضمر بطنها ، وقامت عن قابلتها من غير ولادة ، وما روى أن عمر رضى الله عنه أثبت نسب ولد المرأة التى غاب عنها زوجها سنتين ، ثم قدم فوجدها حاملاً ، فهم برجمها ، فقال له معاذ : إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما فى بطنها ، فتركها حتى ولدت ولداً قد نبتت ثناياه ، يشبه اباه ، فلما رآه الرجل قال : ولدى ورب الكعبة ، فإنما هو بقيام الفراش ، ودعوى الرجل نسبه).

الرأى الثالث : وقد قال به محمد بن عبد الحكم : إن أقصى مدة الحمل سنة قمرية(١) .

الرأى الرابع : وهو رأى الظاهرية فى أن أكثر مدة للحمل تسعة أشهر .

وقد أيد ابن حزم هذا الرأى وقال إنه روى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه قوله : ايما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ، ثم قعدت ، فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها ، فإن لم يستبن حملها فى تسعة أشهر ، فلتقعد بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر ، عدة من قعدت عن الحيض .

وقال إن عمر لا يرى مدة الحمل تزيد عن تسعة أشهر ، كما هو ظاهر فى المروى عنه وبذلك قال بعض الفقهاء الشيعة(٢) .

– ورد ابن حزم على الحنفية فى أن الحديث المنسوب للسيدة عائشة رضى الله عنها فى سلسلته جميلة بنت سعد على أنها روته عن عائشة ، وجميلة هذه مجهولة ، وإن هذا مبطل للقول المنسوب للسيدة عائشة رضى الله عنها .

---

(١) الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ص٣٨٥ – الأحوال الشخصية د. عبد العزيز عامر ص٦ – انظر المحلى لابن حزم جـ١٠ ص٣١٦-٣١٧ .

(٢) البحر الزخار جاء فيه عن الإمام يحيى ، والمؤيد بالله ، وأبى طالب : إن المعول على المعتاد فى لبث الأجنة ، وإن المعتاد فى أكثره تسعة أشهر ، فهى أكثر مدة للحمل ، وما زاد فنادر ، وعن أبى طالب أيضاً أن أقصى مدة للحمل التسعة إلى العشرة ، ثم الزائد نادر ، ولا تعديل على نادر . وإن كان صاحب البحر الزخار قد رجح فتوى الإمام على باعتبار أن أقصى مدة للحمل أربع سنين .

ورد على أصحاب الرأى القائل بأن أكثر مدة للحمل أربع سنين بأن مستندهم مروى عن سعيد ابن المسيب ، من طريق فيها على بن زيد بن جدعان ، وإنه لا يعلم لهذا القول شبهة تعلقوا بها(1) .

وهذا الرأى قريب مما دلت عليه الاستقراءات الطبية والتجارب العديدة والملاحظات الدقيقة المتكررة ، التى وصلت إلى درجة اليقين الاستقرائى ، فقد شهد كل منها بأن الولد لا يمكث فى بطن أمه أكثر من مدة الحمل المعتادة ، ثم يولد حياً ، إلا نادراً فيمكث إلى ٣٠٠ يوماً ، وقد يزيد عشرة أيام على الأكثر ، إذا وجد عائق ، على أن مبدأ الحمل لا يتيسر معرفته بالضبط ، ولذا كانت مدة المكث تقريبية ، ولكنها على كل حال لا تزيد عما دل عليه استقراء ألوف الألوف من الحوادث(2) .

على أنه إذا كان الحمل خارج الرحم فقد يمكث زمناً طويلاً ، ولكنه يكون ميتا ، ويظهر على شكل ورم . ومحال أن يمكث سنتين أو ما يقرب منهما ، فضلاً عن أربع ، فضلاً عن سبع سنين ، ولا شك أن المرجع فى مثل هذا ينبغى أن يكون للأطباء ، ولو ثبت عن الرسول ﷺ فى ذلك شيء

---

(1) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص٣١٦ ، ص٣١٧ . وقد قال أن الولد قد يموت فى بطن أمه .. فيتمادى بلا غاية ، حتى تلقيه متقطعاً فى سنين ، فإذا صح هذا فإنه حمل صحيح ، لا تنقضى عدتها إلا بوضعه كله ، إلا أنه لا يوقف له ميراث ، ولا يلحق أصلاً ، لأنه لا سبيل إلى أن يولد حياً – بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد جـ٢ ص١٠٢ وفيه أن الظاهرية ترى أن أقصى مدة للحمل التى يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك ، وهى التسعة أشهر ، وما قاربها .

(2) الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية للشيخ أحمد إبراهيم جـ١ ص٣٤٦-٣٤٨ .

(انظر د. عبد العزيز عامر – الأحوال الشخصية ص٧) .

لأخذ به جمهور الشريعة ، ولم يركنوا إلى أقوال أفراد العامة في ذلك ، نساء ورجالاً([1]) .

ولما قيل للإمام مالك رضى الله عنه حديث السيدة عائشة رضى الله عنها المتقدم ، قال : سبحان الله !! من يقول هذا !! والإمام مالك من كبار أئمة الحديث وأئمة الفقه ، فلو كان هناك احتمال الصحة لهذا الحديث عنده لما قال تلك المقالة ..

والإمام أحمد ابن حنبل رضى الله عنه ، لم يقل بذلك ، وكذلك الإمام الشافعي رضى الله عنه .

والمتفق عليه بين جميع المسلمين أن الشريعة لا تأتي بأحكام تنقضها البراهين العقلية ، والأدلة الاستقرائية ، التي ترقى لدرجة العلم واليقين ، فكيف تأتي بما يخالف العقل ؟؟؟

فالواجب أن من أبانها زوجها أو توفى عنها إذا أتت بولد لأكثر من المدة المعتادة للحمل (تسعة أشهر) ، فلا يثبت نسب ولدها منه إلا إذا كانت المدة بين البينونة والوفاة وبين وضع الحمل لا تزيد عن ٣١٠ يوماً ، كما دلت عليه الاستقراءات الدقيقة التي لا تحصى ، لا سيما مع فساد الزمن وعدم استقامة الأحوال([2]) .

وتجدر الإشارة إلى أنه كان العمل قبل صدور المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعمول به في جمهورية مصر العربية على مذهب الإمام أبو حنيفة من اعتبار أكثر مدة للحمل سنتين .

([1]) المرجع السابق .

([2]) المرجع السابق .

ولكن هذا القانون استحدث قواعد جديدة في النسب حيث نصت المادة ١٥ منه على أنه : « لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة »[1] .

- وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن رأى الفقهاء فى ثبوت النسب مبنى على رأيهم فى أقصى مدة الحمل ، ولم يبن أغلبهم رأيه فى ذلك إلا على أخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين ، والبعض الآخر كأبى حنيفة مبنى رأيه فى ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة رضى الله عنها يتضمن أن أقصى مدة للحمل سنتان ، وليس فى أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة ، وأن الوزارة لم تر مانعاً من الأخذ برأى الأطباء فى المدة التى يمكثها الحمل ، فأفاد الطبيب الشرعى بأنه يرى أن أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوماً ، حتى يشمل جميع الأحوال النادرة ، وجاء بها كذلك أنه يجوز

([1]) تجدر الإشارة هنا إلى أن هذا المرسوم بقانون قد منع من سماع الدعوى أيضاً فى نفقة العدة والتنفيذ بها لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ، وكذلك فعل بالنسبة لدعوى الإرث بالزوجية ، حيث نصت المادة ١٧ منه على أنه « لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ، كما أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفى زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق » .
مادة ١٨ : « لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ، ولا يجوز تنفيذ حكم صادر قبل العمل بهذا القانون ، لمدة بعد صدوره ، إلا بمقدار ما يكمل سنة من تاريخ الطلاق » .
ومبنى هاتين المادتين بالنسبة لتحديد مدة السنة تقرير الطبيب الشرعى بأن أكثر مدة الحمل سنتين .

لولى الأمر شرعاً أن يمنع قضاته من سماع بعض الدعاوى التى يشاع فيها التزوير والاحتيال ، ودعوى النسب لولد بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق بين الزوجين ، أو وفاة الزوج ، وكذلك دعوى نسب ولد من زوج لم يتلاق مع زوجته فى وقت ما ، ظاهر فيها الاحتيال والتزوير .

وأود أن أشير أن هذه المادة لم تنص على عدم ثبوت النسب بعد مضى السنة ، بل اقتصرت على أن الدعوى لا تسمع بعدها وهناك فرق بين عدم ثبوت النسب وعدم سماع الدعوى ...

فمنع القضاة من سماع بعض الدعاوى التى شاع فيها التزوير والاحتيال ومنها دعوى النسب لا يعتبر حكماً ينفى النسب أو يثبته ، بل أن الأمر من الناحية الشرعية باق على أصله ، ولكن لا تسمع الدعوى إذا توافر ما اشترطه المشرع لعدم سماع الدعوى .

وهناك تشابه بين رأى المشرع وما قال به محمد بن عبد الحكم ، بأن أكثر مدة الحمل سنة .

ولكنه يختلف عن هذا الرأى من ناحيتين :

١- أن السنة فى المادة المذكورة شمسية ، والسنة عند ابن الحكم قمرية .

٢- النسب على رأى ابن الحكم لا يثبت لو جاء الولد بعد السنة الهلالية .

لكن فى المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لا تسمع الدعوى به فقط.

وأرى أنه قد حدا بالمشرع فى مصر لتقرير عدم سماع الدعوى هنا مقيد برأى الأمام أبو حنيفة وأنه قيد نفسه بهذا الرأى ، وهو أن أكثر مدة الحمل سنتان ، فلم يجد للخروج من هذا المأزق إلا أن يلجأ إلى حق ولى

الأمر المقرر شرعاً فى منع القضاة من سماع بعض الدعاوى ، لكى يتحاشى الاحتيال والتزوير فى دعاوى النسب . بسبب طول المدة فى مذهب أبى حنيفة ، الذى عليه العمل .

وقد كان يسع المشرع أن يأخذ برأى ابن عبد الحكم وبرأى الظاهرية من أن أكثر مدة الحمل تسعة أشهر حتى يصل لثبوت النسب أو نفيه ولا يقف فقط عند عدم سماع الدعوى ، خاصة وأن مدة الحمل القصوى لا يوجد فيها كتاب أو سنة ، وأن الاستقراء فى عصرنا يؤكد اعتبار أكثر مدة الحمل تسعة أشهر ، ويندر جداً أن تزيد على ذلك .

وإن كان يحتاط فى ثبوت النسب إلا أنه لا يمكن القول بالجرى وراء النادر جداً من الأمور ... لأنه حيث يحتاط لثبوت النسب فإنه يحتاط أيضاً حتى لا ينسب ولد لغير أبيه .

ولا يوجد شرعاً ما يمنع من تطبيق مذهب غير مذهب أبى حنيفة فى الحالات التى لا يكون فيها هذا المذهب مناسباً للعصر ، لأن الشريعة الإسلامية واسعة تحيط وتسع كل الأحداث وتصلح لكل جيل وعصر فهى شريعة صالحة للبقاء والتطور .

- وأيضاً تجدر الإشارة إلى أن المشرع فى مصر فى حالات غير قليلة قد أخذ بغير مذهب أبى حنيفة(1) .

---

(1) منها على سبيل المثال :-

- التطليق للضرر المنصوص عليه فى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

- بناوه أحكام إرث الحمل والوصية له على رأى محمد بن عبد الحكم ، مع اعتبار أيام السنة ٣٦٥ يوماً وذلك فى المواد : م٤٣ من ق ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، الخاص بالمواريث ، وم ١٥ من ق٧١ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوصية .

الفصل الثانى

النسب من الزواج الصحيح

الفرع الأول

نسب المولود حال قيام الزوجية أو بعد الطلاق الرجعى

المبحث الأول

نسب المولود حال قيام الزوجية

الزوجية فراش والفراش يثبت به النسب :

أصل ذلك ما جاء فى الصحيحين من حديث السيدة عائشة رضى الله عنها أنها قالت « اختصم سعد بن أبى وقاص وعبد بن زمعة فى غلام ، فقال سعد : هذا يا رسول الله ابن أخى عتبة بن أبى وقاص ، عهد إلى أنه ابنه ، انظر إلى شبهه ، وقال عبد بن زمعة : هذا أخى يا رسول الله ، ولد على فراش أبى من وليدته ، فنظر رسول الله ﷺ فرأى شبهاً بيناً بعتبة ، فقال : هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش ، وللعاهر الحجر ، واحتجبى منه يا سودة ، فلم تره سودة قط »(1) .

- وهذا حكم الرسول ﷺ فى ثبوت النسب بالفراش ، وقد أجمع المسلمون على ثبوت النسب بالفراش ، واتفقوا على أن النكاح يثبت به الفراش(2).

---

(1) زاد المعاد جـ٤ ص٢٢٢ .

(2) زاد المعاد جـ٤ ص٢٢٢ وما بعدها – الفتاوى الهندية جـ٢ ص١٠٥ المهذب للشيرازى جـ٢ ص١٢٩ – البحر الزخار جـ٣ ص١٤٢-١٤٣ .
(انظر د. عبد العزيز عامر الأحوال الشخصية ص١٣) .

شروط تحقق النسب بالفراش :

الشرط الأول : حصول الزواج :

- اتفق الفقهاء على أن السبب فى ثبوت النسب بالفراش هو العقد الصحيح .

- واختلفوا فى اشتراط الدخول أو إمكان الدخول .

رأى الإمام أبو حنيفة : العقد الصحيح وحده سبب فى ثبوت نسب الولد ولو لم يلتق الرجل بزوجته قط ... فلو كانت فى أقصى المشرق وتزوجها بالمراسلة ثم أتت بولد فيثبت نسبه منه . وأساس هذا الرأى التمسك بحديث (الولد للفراش) ، والفراش هو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ولدها من الرجل إذا أتت به ، وهذا يكون فى النكاح عقب العقد الصحيح مباشرة ، لأنه من آثاره ، حتى إن الكرخى فسر الفراش بالعقد .

الأئمة مالك والشافعى وقول للإمام أحمد :

العقد الصحيح سبب لثبوت النسب إذا كان الدخول ممكناً ، فلو ثبت أن الدخول غير ممكن كالزواج بين المغربية والمشرقى كما سبق وذكرت فالنسب لا يثبت .. ونفس الحكم لو ثبت أنها لم يتلاقيا قط ... ولم يمكن تلاقيهما .

فالنسب فى هذه الحالة لا يثبت لأن الزوجة لم تعد فراشاً لعدم إمكان الوطء .

رأى ابن تيمية : العقد الصحيح سبب لثبوت النسب بشرط الدخول الحقيقى .. وقال إن أحمد رضى الله عنه أشار إليه فى رواية حرب ، فإنه

نص في روايته فيمن طلق امرأته قبل الدخول وأتت بولد فأنكره فقد قال إنه ينتفي عنه بغير لعان(1) .

والذي أراه هو عدم إمكان اعتبار المرأة فراشاً وإثبات النسب لمجرد العقد بناء على تصور الاجتماع عقلا لأن العادة تأبى ذلك قطعاً ولا يمكن أن تبنى الأحكام على التصور ... ولنبذ هذا الرأي نعرض ما قاله معتنقوه : إن التصور ثابت فيه ، لثبوت كرامات الأولياء والاستخدامات ، فيكون صاحب خطوة أو جنياً ، وهذه أمور لا يمكن أن تبنى عليها أحكام شرعية(2) .

والمعروف أن الإتسال يكون بالإتصال الجنسي ، والعقد ليس إلا علامة على هذا الاتصال ... فلو ظهر أن الاتصال لم يحدث فكيف يمكن اعتبار العقد بذاته الفراش ليقال بثبوت النسب استناداً على حديث « الولد للفراش » !!!

- واشتراط الدخول الحقيقي استلزام لأمر ليس لازماً لإثبات النسب ، وفيه ضرر على المرأة لأن المرأة يجب أن يحمل حالها على الصلاح ، من

---

(1) ذلك لأن شرط اللعان أن يكون الرمي بنفي النسب أو الزنى لا دليل عليهما ، وإتيانها بالولد قبل الدخول دليل زناها على هذه الرواية ، وقد رجح ذلك الرأي ابن القيم ، فقد قال بعد ذكر الأقوال الثلاثة في القول الثالث : « هذا هو الصحيح المجزوم به ، وإلا فكيف تصير المراة فراشاً ، ولم يدخل بها الزوج .... وكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب من لم يبن بامرأته ولا دخل بها ، ولا اجتمع بها بمجرد إمكان ذلك ، وهذا الإمكان قد يقطع بانتفائه عادة ، فلا تصير المرأة فراشاً إلا بدخول محقق . (زاد المعاد جـ٤ ص١٦٦) .

انظر الشيخ محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية ص٤١٣ .

(2) فتح القدير جـ٣ ص٣٠١ « والتصور الثابت في المغربية لثبوت كرامات الأولياء والاستخدامات ، فيكون صاحب خطوة أو جني » .

(انظر د. عبد العزيز عامر – المرجع السابق ص١٦) .

حيث المبدأ وضرر على الولد لأنه يحتاج لأب يربيه .

وكيف يثبت حصول الوطء ، خاصة إذا تباعد الزمان وحصل إنكار من أى الجانبين ....

والحقيقة أن الرأى الذى أميل إليه هو ثبوت النسب بالعقد مع إمكان الدخول وعليه كثير من الفقهاء ، وبناء على ذلك لو كانا الزوجان قريبان يمكن اجتماعهما أو يغلب على الظن إمكان اجتماعهما ، فالنسب يثبت بالعقد مع إمكان الدخول ، إمكاناً عادياً دلت عليه البينة أو قرائن الأحوال .

- وقد كان العمل فى مصر على مذهب الإمام أبو حنيفة ولكن المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قد استحدث فى المادة ١٥ منه أحكاماً أخرى ، فنصت هذه المادة على أنه (لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ....) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية لهذه المادة إنه (بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن يثبت نسب ولد الزوجة فى أى وقت أتت به ، مهما تباعد الزوجان ، فيثبت نسب ولد زوجة مشرقية من زوج مغربى ، عقد الزواج بينهما مع إقامة كل منهما فى جهته ، دون أن يجتمعا من وقت العقد إلى وقت الولادة اجتماع تصح معه الخلوة ، وذلك بناء على مجرد جواز الاجتماع بينهما عقلا ... والعمل بهذه الأحكام ، مع شيوع فساد الذمم ، وسوء الأخلاق ، أدى إلى الجرأة على إدعاء نسب أولاد غير شرعيين ، وتقدمت بذلك شكاوى عديدة ... وبما أنه يجوز شرعاً لولى الأمر أن يمنع قضاته من سماع بعض الدعاوى التى يشاع فيها التزوير والاحتيال و .....

دعوى نسب ولد من زوج لم يتلاق مع زوجته في وقت ما ، ظاهر فيها الاحتيال والتزوير ، لذلك وضعت المادة ١٥ من مشروع القانون) .

- وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع في مصر قد استحدث هنا نصاً بعدم سماع الدعوى بالنسب ، إذا جاء الولد من زوجة لم تتلاق البتة مع زوجها ، أو جاء بعد سنة من غيبة الزوج عنها .

وعدم السماع شيء .... وعدم ثبوت النسب شيء آخر .

وعدم السماع محله أن يكون هناك إنكار ، وأما إن لم يكن إنكار فإن قواعد الراجح من المذهب الحنفي هي التي تطبق في مصر ، عملاً بالمادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ... وهي مازالت باقية بعد توحيد القضاء ، حيث أبقى العمل بها ق٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - وكان بوسع المشرع أن يأخذ برأي من قالوا بإمكان الدخول مع العقد وينص على عدم ثبوت النسب إن لم يكن الدخول ممكناً ، ولا يلجأ إلى مجرد عدم السماع ... خاصة أنه ليس هناك ما يمنعه من الأخذ بأقوال متفقة مع العصر ، حتى لو خالفت الراجح من مذهب الإمام أبو حنيفة .. لأنها كلها داخلة في إطار أحكام الشريعة الإسلامية التي تلائم كل عصر وكل جيل .

الشرط الثاني : أن يكون يولد لمثله :

أ- فإن كان الزوج صغيرا لا يتصور منه الحمل فلا يثبت نسب ، لأن هذه قرينة قاطعة أن الحمل ليس منه ، وفي ذلك اتفاق بين الأئمة[1] .

---

(1) المهذب للشيرازي جـ٢ ص١٢٩ - كشاف القناع عن متن الإقناع جـ٣ ص٢٥٣ - الروض المربع شرح زاد المستقنع - جـ٢ ص١٦٧ - نيل المآرب بشرح دليل الطالب مع المرجع السابق جـ٢ ص٢١٤-٢١٥ .

وقد تم الاختلاف بالنسبة لمن يولد مثله على رأيين :

الرأى الأول

يجوز أن يولد للغلام بعد عشر سنين ولا يجوز أن يولد له قبل ذلك واستندوا لحديث النبى ﷺ (مروهم بالصلاة وهم أبناء سبع واضربوهم عليها وهم أبناء عشر ، وفرقوا بينهم فى المضاجع) .

واستدلوا من هذا الحديث أن أمر النبى ﷺ بالتفريق دليل على إمكان الوطء الذى هو سبب الولادة ، وأن هذا السن يمكن فيه البلوغ ، فيلحق به الولد كالبالغ .

والحقيقة أن هذا الاستناد لا يقطع هذه المسألة لأنه لا يفيد جزماً إمكان الوطء فى هذا السن .

الرأى الثانى

يجوز أن يولد للغلام بعد تسع سنين ، ولا يجوز أن يولد له قبل ذلك ... حيث أن المرأة تحيض لتسع سنين ، فجاز أن يحتلم الغلام فى هذا السن ، والقصد الإمكان ، واحتلام الصغير لتسع داخل فى حيز الإمكان(¹) .

والحقيقة أن قياس الولد على البنت قياساً مع الفارق ، حيث أن الذكر ليس كالأنثى فى مسائل المراهقة والبلوغ .

- وأرى أن يترك الأمر فى إمكان الإنسان ، وعدم إمكانه إلى أهل الخبرة ... لأنه من السهل علمياً معرفة ذلك ، فليس فى ذلك نص من كتاب ولا سنة .

(¹) فتح القدير وشرح العناية جـ٣ ص٣٠١ – المهذب للشيرازى جـ٢ ص١٢٩ – كشاف القناع عن متن الإقناع جـ٣ ص٢٥٣ جاء فيه [(إن كان الزوج صبياً ، له دون عشر سنين) ، لم يلحقه نسب ، لأنه لم يعهد بلوغ قبلها] – المغنى جـ٩ ص٥٣ ، فيه قول القاضى : إن الولد يلحق بالصغير ، إذا كان الصغير ابن تسعة أعوام .

ب- أن يكون الزوج به عيباً من العيوب ما يجعله ممن لا يولد لمثله كالجب مع الخصاء ... فمن كان به هذه العيوب لا يلحقه نسب الولد ، لأن الولد لا يوجد إلا من مني ، ومن قطعت خصيتاه فلا مني له(1) .

ذكر أبو إسحق أن الرجل لو كان مقطوع الذكر والأنثيين انتفى الولد منه من غير لعان ، لأنه يستحيل أن ينزل مع قطعها ، وحمل رواية الربيع في المجبوب ، من أنه ينتفي عنه من غير لعان ، على ذلك(2) .

- ومن ذلك الخصي أو المجبوب أو العنين على خلاف بين الفقهاء ....

الخصي : قال في الكشاف أن نسب الولد لا يلحق به وسوى بين هذه الحالة وحالة قطع الذكر والأنثيين معاً ، وقال إن الولد لا يمكن وجوده إلا من مني ، وإن قطعت خصيتاه فلا مني له ، حيث أنه في هذه الحالة لا ينزل إلا ماء رقيقاً لا يخلق منه ولد .

ولكن ذكر في المهذب أنه إن قطع الأنثيان أو الذكر فالولد لا ينتفي عنه إلا باللعان ... لأنه لو بقي الذكر لاستطاع أن يولج وأن ينزل ، ولو بقيت الأنثيان استطاع أن يساحق وينزل.

---

(1) كشاف القناع جـ٣ ص٢٥٤ - المغني جـ٩ ص١٢٠ ٥٤-٥٥ - البحر الزخار جـ٣ ص١٤٣ وجاء فيه أنه عند الإمام يحيى يثبت الفراش للخصي والمجبوب ، لإمكان إلقائه الماء في الرحم ، وعنده لا عبرة بقول الأطباء : إن ماءه رقيق لا يخلق منه الولد ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَاللَّهُ خَلَقَ كُلَّ دَابَّةٍ مِنْ مَاءٍ ﴾ لكن صاحب البحر الزخار رد ذلك وقال : إن فيه نظراً ، لاطراد العادة على أن مثله لا يولد له .

(2) المرجع السابق .

المجبوب والعنين :

قال في الكشاف ← النسب يلحقهما ، لأن كل منهما يستطيع الإنزال ، فالمجبوب يمكنه ذلك بالمساحقة ، والعنين يمكنه ذلك أيضاً ، حيث يستطيع أن ينزل ما يخلف منه الولد(1) .

نخلص إلى أن الأمر منوط بالإمكان ....

من قال بثبوت النسب في الحالات السابقة مبنى قوله على أن هذا الزوج يمكن أن ينزل ماء يكون منه الولد

من قال بعدم ثبوت النسب في تلك الحالات قال إن العادة لم تجر بإمكان ذلك .

---

(1) كشاف القناع عن متن الإقناع جـ٣ ص٢٥٤ – المغنى جـ٦ ص١٢٠ – ٥٤-٥٥ المهذب للشيرازى جـ٢ ص١٢٩ (الزوج إذا كان مجبوباً فقد روى المزنى أن له أن يلاعن ، وروى الربيع أنه ينتفى من غير لعان ، وأن أصحاب الشافعى اختلفوا فيه : فقال أبو إسحق : إذا كان مقطوع الذكر والأنثيين انتفى من غير لعان ، لأنه يستحيل أن ينزل مع قطعهما ، وإن قطع أحدهما لحقه ولا ينتفى إلا بلعان ، لأنه إذا بقى الذكر أولج وأنزل ، وإن بقى الأنثيان ساحق وأنزل ، وحمل الروايتين على هذين الحالين ، وقال القاضى أبو حامد : فى أصل الذكر ثقبتان احدهما للبول ، والأخرى للمنى . فإذا انسدت ثقبة المنى انتفى الولد من غير لعان ، لأنه يستحيل الإنزال ، وإن لم تنسد لم ينتفى إلا باللعان ، لأنه يمكن الإنزال ، وحمل الروايتين على هذين الحالين .
– البحر الزخار جـ٣ ص١٤٣ (عند الإمام يحيى يثبت الفراش للخصى والمجبوب .... ، لإمكان إلقائه الماء فى الرحم ، وأنه لا عبرة بقول الأطباء : إن ماءه رقيق لا يخلق منه الولد ، لقوله تعالى ﴿ وَاللَّهُ خَلَقَ كُلَّ دَابَّةٍ مِنْ مَاءٍ﴾ – وقد علق صاحب البحر الزخار على ذلك بقوله : إن فيه نظراً ، لاطراد العادة ، كالطفل .

- وما دام الأمر أمر إمكان أو عدم إمكان فمن الأولى ترك الأمر لأهل الخبرة .

الشرط الثالث : مضى أقل مدة للحمل :

سبق وبينت أن أقلّ مدة الحمل ستة أشهر ، فحتى تكون الزوجية فراشاً ، ولكى يثبت النسب بهذا الفراش ، يجب أن تأتى الزوجة بالولد بعض مضى أقل مدة الحمل هذه .

تحسب هذه المدة إما من [تبعاً لإختلاف الآراء فى هذه المسألة] .

يوم العقد	من يوم إمكان الوطء	من يوم تحقق الوطء

- وإذا أتت الزوجة بالولد قبل مضى هذه المدة فالولد ليس من هذا الزوج قطعاً ، ولا يثبت نسبه منه .

- وإذا أتت الزوجة بالولد لأقل مدة الحمل وصاعداً ... يثبت النسب ... فهى جاءت بالولد لمدة يمكن أن يكون الحمل فيها .... فيلحقه فى الظاهر لحديث (الولد للفراش) .

- وكذلك لأنه مع توافر الشروط السالفة الذكر ، فيمكن أن يكون الولد منه ... ولا يوجد ما يعارضه ولا يسقطه فوجب أن يلحق به .

- فإذا تزوج رجل بامرأة وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر فإن نسب هذا الولد لا يثبت ، فالحمل سابق على النكاح ، فلا يكون حاصلاً من هذا الزوج .

والنسب فى هذه الحالة لا يثبت إذا لم يدعه الزوج ، أما لو ادعاه ولم يقل أنه من الزنى فإن نسبه يثبت منه بالدعوة ، ويحمل هذا على أن المـرأة حملت به من فراش سابق ، سواء كان بعقد صحيح أو فاسد ، أو وطء يشبهه ، مراعاة لمصلحة الولد..([1]) .

وفى مذهب مالك أن ثبوت النسب بالدعوة لا يكفى فيه ألا يذكر أنـه من زنى ، بل لابد ألا يعرف كذبه بقرينة ، بأن يكون الولد مثلاً لقيطاً ، ولم يبين مدعى نسبه وجهاً معقولاً ، أو كانت أم هذا الغلام زوجة لغيره ، وإن لم يثبت نسبه من زوجها بأن نفاه ، أو يكون هذا الغلام محمولاً من أرض ، ولم يعرف أن ذلك المدعي دخل هذه الأرض([2]) .

– ولو جاءت الزوجة بالولد بعد ستة أشهر من الزواج أو أكثر فنسبه يثبت من الزوج لو اعترف به ولم ينفه فى وقت النفى مثل ذلك أن يسكت

([1]) الجوهرة النيرة جـ٢ ص١٢٣ – تنقيح الفتاوى الحامدية جـ١ ص٨٣ .
(فى فتاوى ابن نجيم من باب التعزير : إن جاءت به لستة أشهر فأكثر يثبت منـه ، وإلا فلا) – شرح الزيلعى على الكنز جـ٣ ص٤٤ (النكاح يفسد فى هـذه الحالـة ، لاحتمال أنه من زوج آخر ، بنكاح صحيح أو بشبهة) – الهداية وفتح القـدير جـ٣ ص٣٠٨ – المهذب جـ٢ ص١٣٠ – المغنى جـ٩ ص٥٣ – البحر الزخار جـ٣ ص١٤٢-١٤٣ (من المقطوع به أنه لو لم تمض قبل الولادة أقل مدة الحمل فإن الولد لا يكون من الزوج) – كشاف القناع عن متن الإقناع جـ٣ ص٥٢٣ (إن جاءت بالولد لدون ستة أشهر ، ولم يعش ، نسب إليه ، إن أمكن كونه منه ، كابن عشر فـأكثر) – نيل المآرب بشرح دليل الطالب جـ٢ ص٢١٤ – الروض المربع شرح زاد المستقنع ، وهو مع المرجع السابق جـ٢ ص١٦٧ .
(د. عبد العزيز عامر ص٢٣-٢٤) .

([2]) محمد أبو زهرة – المرجع السابق ص٤١٤ .

لأن الفراش قائم ، والمدة التى جاء فيها من حصول الزواج تامة([1]) .

ويثبت النسب لو جاءت الزوجة بالولد لأكثر من ستة أشهر لأنه يكون قد أتى فى مدة تحتمله ، فهى تزيد عن أقل مدة الحمل([2]) .

- أما لو جاءت بالولد لستة أشهر فقط فإن ثبوت النسب يكون مرده

([1]) الجوهرة النيرة جـ٢ ص١٦٣ - تنقيح الفتاوى الحامدية جـ١ ص٨٣ ((سئل) فى رجل تزوج امرأة بالوجه الشرعى ، ودخل بها ، ثم ولدت منه ولداً لمدة ستة أشهر وتسعة أيام ، فهل يثبت نسبه منه ، وإن لم يدعه ، وتلزمه نفقته . (الجواب) نعم) .
ملحوظة : إذا جحد الزوج الولادة - تثبت بشهادة امرأة واحدة اتفاقاً .
- أما عند أبى يوسف ومحمد ، فلأن المرأة الواحدة تكفى للإثبات هنا .
- وأما عند أبى حنيفة ، فإن شهادة المرأة الواحدة هنا كافية ، لتأيدها بقيام الفراش ، حتى لو نفاه بعد ذلك يجب أن يتخذ طريق اللعان ، لأن النسب يثبت بالفراش ، إذ الولد للفراش .
- وعلى ذلك لو ولدت الزوجة ولداً ، فقال الزوج : لم تلديه .. فشهدت الولادة امرأة واحدة ، ونفاه الزوج ، فإنه يلاعن .
- وتجدر الإشارة هنا إلى النسب لا يثبت بشهادة المرأة الواحدة ، فشهادتها لتعيين الولد ... أما النسب نفسه فثابت بالفراش ، ضرورة كونه مولوداً فى فراشه .

([2]) وثبوت نسب الولد لو أتت به الزوجة بعد ستة اشهر يقول به كذلك غير الحنفية بشرط مضى هذه المدة منذ أمكن اجتماعه بها ، ولو كان غائباً عنها .
- انظر كشاف القناع جـ٣ ص٢٥٣ - الهداية وفتح القدير وشرح العناية وحاشية جلبى جـ٣ ص٣٠٨ - الروض المربع جـ٢ ص١٦٧ - نيل المآرب جـ٢ ص٢١٤-٢١٥ - المهذب جـ٢ ص١٢٩ - الفتاوى الكبرى لابن حجر جـ١ ص٢٠١-٢٠٢ (رأيت فى نص الشافعى رضى الله عنه ، وفى كلام الأصحاب ، أنه لا يلحقه الولد إلا إذا ثبتت ولادته على فراشه لزمان الإمكان ، وهو ستة أشهر ولحظتان ، من حين إمكان الاجتماع بعد النكاح) (لا يلحقه الولد إلا أن تثبت ولادته على فراشه لزمن الإمكان ، الذى هو أقل مدة الحمل) - البحر الزخار جـ٣ ص١٤٢-١٣٤ .

احتمال أن يكون قد تزوجها واطئا لها ، فوافق الإنزال النكاح ، والنسب يحتاط في إثباته ، فيثبت بذلك إحياء للولد([1]) .

- وعدم ثبوت النسب لمن يولد لأقل من ستة أشهر على فراش

([1]) الجوهرة جـ٢ ص١٦٣ (قوله : إذا تزوج امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم تزوجها لم يثبت نسبه) ، لأن العلوق سابق على النكاح ، فلا يكون منه ، وينفسخ النكاح ، لأن من تزوج امرأة وهي حامل لم يجز نكاحها ، إلا أن يكون الحمل من الزنى عند أبي حنيفة ومحمد ، ثم إذا وطئها في هذا النكاح ألزمه المهر ، لأنه حصل في عقد . وقوله : لم يثبت نسبه ، يعني إذا لم يدعه ، أما إذا دعاه ، ولم يقل هو من الزنى ، يثبت نسبه) ، (ولو زنى بامرأة فحبلت ، ثم تزوجها فولدت ، إن جاءت به لستة أشهر فصاعدا ثبت نسبه ، وإن جاءت به لأقل لم يثبت ، إلا أن يدعيه ، ولم يقل أنه من الزنى) . أما إذا قال هو ابن من الزنى لا يثبت نسبه ، ولا يرث منه) .
- تنقيح الحامدية جـ١ ص٨٣ ((سئل) في رجل تزوج حبلى من زنى ، ولم يدخل بها حتى ولدت ولداً لأقل من ستة أشهر من حين تزوجها وادعت أنها حبلى منه وأن الولد له ، ولم يصدقها على ذلك ، فهل لا تصدق في حقه ، ولا يثبت النسب منه ... (الجواب) نعم . قال في التنوير : وصح نكاح حبلى من الزنى ، لا حبلى من غيره ا هـ - وفي فتاوى ابن نجيم من باب التعزير : إن جاءت به لستة أشهر فأكثر يثبت منه ، وإلا فلا ، إلا أن يدعيه ولا يقر أنه من الزنى .
وفي التنوير قال : إن نكحتها فهي طالق ، فنكحها ، فولدت لنصف حول منذ نكحها ، لزمه نسبه احتياطا ا هـ . (سئل) في الزاني إذا أراد أن ينكح مزنيته الحبلى منه هل يصح ؟ (الجواب) نعم ، ويحل له وطئها ، والولد له ، وتلزمه النفقه . (أقول) : ليس هذا على إطلاقه ، بل هو فيما إذا ولدت لستة أشهر فأكثر ، كما يعلم مما قبله . وفي الفصل الثاني من نكاح الواجبة : رجل زنى بامرأة فحملت منه ، فلما استبان حملها تزوجها الذي زنى بها ، فالنكاح جائز . فإن جاءت بولد بعد النكاح لستة أشهر فصاعداً يثبت النسب منه ، لأنها جاءت به في مدة حمل تام ، عقب نكاح صحيح ، وإن جاءت به لأقل فلا ا هـ) .

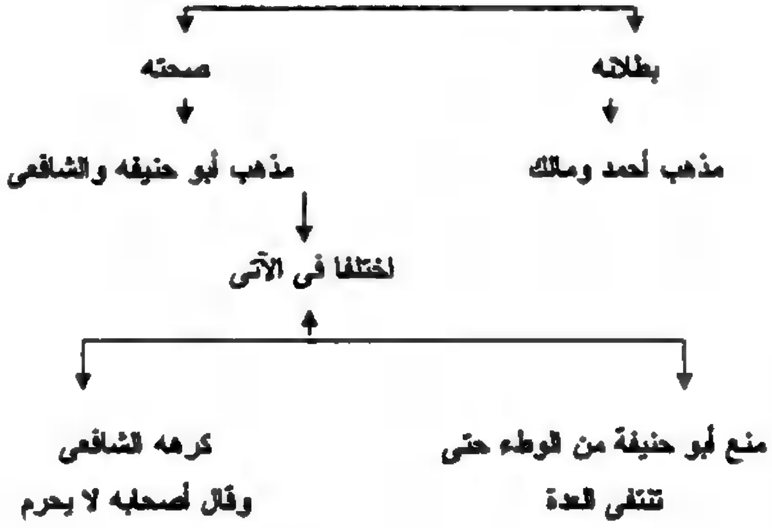
الزوجية – وثبوته لمن يولد لستة أشهر فأكثر ... قاعدة سارية ولو كان العلوق من نفس الزوج بالزنى .

أساس ذلك أن نكاح الحامل – وإن كان غير جائز إلا أنه عند أبى حنيفة ومحمد يجوز للزانى أن ينكح المرأة التى زنى بها وتكون حبلى منه ، ويجوز له وطأها فى هذا النكاح ... ولو جاءت المرأة بولد لستة أشهر فأكثر ثبت نسبه منه ، لأنها جاءت به فى مدة حمل تام بعد نكاح صحيح ، ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر لا يثبت نسبه منه .

وقد تعرض ابن تيمية للأقوال المختلفة فى هذه المسألة ولخصها فى قوله : نكاح الحامل محرم ، سواء كان الحمل من زوج ، أو سيد ، أو شبهة ، أو زنى .

ولا خلاف فى ذلك ، إلا لو كان الحمل من زنى .

وبالنسبة لصحة العقد فهناك قولان :



- وهذا محله أن الحمل لا يكون من الزوج الذى تزوج مزنيته ، أما لو كان الحمل منه فيحل له وطئها قبل أن تضع ، ولا شبهة فى ذلك .

- وأساس ثبوت النسب فى كل ما تقدم هو أن النسب يثبت فى النكاح الصحيح من غير دعوة .

- وفى النكاح الصحيح .. لا يكفى لنفى النسب أن يحصل ذلك بمجرد النفى ولكن ينفى النسب باللعان([1]) .. كما سيتم تفصيله فيما بعد إن شاء الله تعالى .

- وكما سبق وبينت أن الزوج له نفى الولد الحادث فى فراش الزوجية .. فلو جاءت الزوجة بالولد لستة أشهر فصاعداً يثبت نسبه ، لو اعترف به ، أى لم ينفه فى وقت النفى ، وكذلك لو سكت يثبت نسبه .. فالفراش قائم ، والمدة تامة([2]) .

- وقد روى عن أبى يوسف فى رجل جاءت امرأته بولد فنفاه ولم يلاعن حتى قذفها أجنبى بالولد ... فحد للقذف ، أن النسب يثبت ، ولا تلاعن بينهما([3]) .

- **ماذا يحدث لو حصل اختلاف فى تاريخ النكاح ؟**

لو ولدت المرأة ولدا واختلفا فى تاريخ النكاح فقالت الزوجة الزواج حصل من أكثر من ستة أشهر حتى يثبت النسب منه ، وقال هو بل أقل من ستة أشهر حتى يصل لعدم ثبوت النسب منه ؛ فالقول قولها وينسب الولد له .

([1]) الفتاوى الهندية جـ٢ ص١٠٥ .

([2]) الفتاوى الهندية جـ٢ ص١٠٥ - الجوهرة المنيرة جـ٢ ص١٦٣ .

([3]) الفتاوى الهندية جـ٢ ص١٠٥ .

<u>الأساس في ذلك :</u>

الظاهر يشهد لها ، لأنها تلد من نكاح ظاهر .. وليس من سفاح ، ولا من زواج تزوجت بالمدعى في عدته .

- هذا الظاهر لا يعارض ظاهر آخر يشهد له ، وهو إضافة الحادث: الذى هو النكاح المختلف فى وقت حصوله هنا إلى أقرب الأوقات .. حيث الحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات ، فالنسب يحتال لإثباته لإحياء الولد .. ومن وجوه الاحتيال لإثبات النسب أن النسب يثبت بالإيماء مع القدرة على النطق على خلاف سائر التصرفات .

وعلى ذلك :- لو تعارض فى ثبوت النسب ظاهران ... يقدم الظاهر المثبت له وهو الظاهر الشاهد للمرأة .

س: هل يؤخذ بقولها المؤيد بالظاهر الشاهد مجرداً أو يجب اليمين ؟

هناك رأيان :

<u>الأول</u>	**<u>الثاني</u>**
أبو حنيفة : لا تستحلف المرأة ويؤخذ بقولها دون اليمين .	محمد وأبو يوسف : يؤخذ بقولها مع يمينها ... ويفتى بهذا القول([1]).

([1]) الجوهرة المنيرة جـ٢ ص١٦٣ - الهداية وفتح القدير وشرح العناية وحاشية سعد جلبى جـ٣ ص٣٠٨-٣٠٩ .
- شرح الكنز للزيلعى وحاشية الشلبى على هذا الشرح جـ٣ ص٤٤ (ولا يبطل النكاح بهذا الكلام وإن دام الزوج على ذلك ، وبه صرح البزدوى فى شرح الجامع الصغير ، لأن الشرع لما ألزمه النسب صار مكذباً ، وصار كمن قال لامرأته ، وهى معروفة النسب : هذه بنت ودام عليه ، أن النكاح لا يبطل ، فكذلك هنا) .
- تنوير الأبصار وشارحه وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٦٣ - ٨٦٤ .

- ومعروف أنه لا تسمع منه ولا من ورثته البينة على تاريخ النكاح بما يتفق مع دعواه لأن هذه شهادة على النفى معنى ، فهى شهادة لنفى حصول الزواج فى التاريخ الذى تدعيه المرأة ، وأنها فى الظاهر لإثبات حصول الزواج فى التاريخ الذى يدعيه هو ، فلا تقبل البينة .. لأن النسب يحتال لإثباته كلما أمكن ، وهو هنا ممكن ، باحتمال أن يكون سبق وتزوجها سراً بمهر قليل ، ثم جهراً بأكثر منه للسمعة والشهرة .. وهذا شاهد وكثير الوقوع(١) .

- وقد حكم أنه إذا اتفق الزوجان على حصول عقد الزواج واختلفا فى تاريخه ، فادعت الزوجة الأكثر ، وادعى الزوج الأقل ، فالقول لها . وبأنه لو اتفق على حصول عقد الزواج وفى تاريخ معين ، وادعت الزوجة عقداً سابقاً ، فالقول له ، وعليها البينة .

وقد استند الحكم بما جاء فى الهندية جـ١ ص٥٣٩ : رجل تزوج امرأة ، وجاءت بولد ، فاختلفا ، فقال الزوج : تزوجتك منذ شهر ، وقالت المرأة : لا بل من سنة ، فالولد ثابت النسب من الزوج ، وكذا فى الظهيرية. ويجب أن تستحلف عندهما . خلافاً لأبى حنيفة رحمه الله ، كذا فى الكافى . وإن تصادقا على أنه تزوجها منذ شهر لم يثبت النسب منه ، فإن قامت البينة بعد التصادق على تزوجه إياها منذ سنة قبلت(٢) .

---

(١) تنوير الأبصار والدر وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٦٣ - ٨٦٤ .

(٢) محكمة دمياط الشرعية ، ٩ جمادى الأولى سنة ١٣٤٧ (١٣-١٠-١٩٢٨) ، القضية رقم ٣٥٤ سنة ١٩٢٨/٢٧ . وقد تأيد استئنافياً - المحاماة الشرعية س١٠ العدد ٣ ص٣١٩ وما بعدها ، رقم ٦٨ .

- وحكم أنه لو تعارض ظاهران فى ثبوت النسب قدم المثبت لــه . فإذا تزوج رجل بامرأة ثم ولدت ، واختلفا فى المدة ، فقال تزوجتك لأقل من ستة أشهر ، وقالت لستة أشهر أو أكثر ، فالقول قولها ، لأن الظاهر شــاهد لها ، وهو أنها ولدت من نكاح لا من سفاح ، وهو مقدم على الظاهر الــذى يشهد له ، وهو إضافة الحادث ، وهو الزواج ، لأقرب الأوقات([1]) .

- ولو كان الخلاف حول حصول العقد أو عــدم حـصوله فـالأمر مجاله البينة .

- وإذا اتفق الزوجان على حصول العقد فى تاريخ معين ، ثم ادعت الزوجة حصول عقد قبل هذا التاريخ ، يسمع قولها ، وعليها البينة كما نص الفقهاء .

- ولا عبرة بما يقرره المطلق فى إشهاد الطلاق من حصول الطلاق قبل الدخول والمعاشرة ، لأن ذلك من إملائه ، ما لم تكن المطلقة حاضــرة مجلس الطلاق .

- وإذا تعارض ظاهران فى ثبوت النسب قدم المثبت لــه لوجـوب الاحتياط فى النسب ، حتى إنه يثبت بالإيماء على القــدرة علــى النطــق ، بخلاف سائر التصرفات([2]) .

([1]) عابدين الشرعية ، ١١ ربيع الأول ١٣٦٣ (١٩٤٤/٣/٦) ، القضية رقم ٨٥١ سـنة ٤٢ ، ١٩٤٣ – المحاماة الشرعية س١٦ رقم ٨٤ – وقد تأيد استئنافياً فــى ١٨-٦-١٩٤٤ .

([2]) محكمة تلا الجزئية الشرعية ، ١٤ شعبان ١٣٧٣ (١٩٥٣/٤/٢٨) ، القضية : رقـم ١٢٤٤ لسنة ١٩٥٢ ، تأيد استئنافيا – المحاماة الشرعية س٢٥ الأعداد ١-٣-ص٩١ رقم ٢٢ .

حكم ولد من تزوجت بعد غياب زوجها :

لو غاب الزوج ، وبلغ المرأة أمر وفاته أو طلاقه ، فاعتدت ثم تزوجت بآخر ، ثم ظهر أن الأمر على خلاف ذلك .. ثم ولدت أولاداً وجاء الزوج الأول ، فالأولاد للزوج الثاني على رأى الإمام أبو حنيفة ، بشرط أن يحتمله الحال ، بأن تلد لستة أشهر أو أكثر من وقت الزواج ... أما لو حصلت الولادة لأقل من ذلك فلا يثبت من الثاني(1) .

---

(1) تنوير الأبصار وشارحه وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٦٨ - ٨٦٩ .

وجاء في التنوير وشارحه (غاب عن امرأته وتزوجت بآخر وولدت أولاداً ، ثم جاء الزوج الأول (فالأولاد للثاني على المذهب) الذي رجع إليه الإمام ، وعليه الفتوى ، كما في الخانية والجوهرة والكافي وغيرها . وفي حاشية شرح المنار لابن الحنبلي : وعليه الفتوى إن احتمله الحال . لكن في آخر دعوى المجمع حكى أربع أقوال ، ثم أفتى بما اعتمده المصنف . وعلله ابن ملك بأنه المستفرش حقيقة ، فالولد للفراش الحقيقي ، وإن كان فاسداً) .

- وجاء في حاشية ابن عابدين (قوله : وفي حاشية شرح المنار الخ) : قال الشارح في شرحه على المنار : لكن الصحيح ما أورده الجرجاني أن الأولاد للثاني إن احتمله الحال ، وأن الإمام رجع إلى هذا القول ، وعليه الفتوى كما في حاشية ابن الحنبلي عن الواقعات والأسرار ، ونقله ابن نجيم عن الظهيرية ا هـ . واحتمال الحال بأن المدة لستة أشهر فأكثر من وقت النكاح . (قوله : حكى أربع أقوال) : حاصل عبارته مع شرحه لابن ملك أن الأولاد للأول عند أبي حنيفة مطلقاً ، أي سواء أتت به لأقل من ستة أشهر أو لا ، لأن نكاح الأول صحيح ، فاعتباره أولى . وفي رواية : للثاني. وعليه الفتوى ، لأن الولد للفراش الحقيقي ، وإن كان فاسداً . وعند أبي يوسف للأول ، إن أتت به لأقل من ستة أشهر من عقد الثاني ، لتيقن العلوق من الأول ، وإن لأكثر فللثاني . وعند محمد للأول ، إن كان بين وطء الثاني والولادة أقل من سنتين ، فلو أكثر منها فللثاني للتيقن أنه ليس من الأول ، والنكاح الصحيح مع احتمال العلوق منه أولى بالاعتبار . وإنما وضع المسألة في الولد ، إذ المرأة ترد إلى الأول إجماعاً ا هـ . =

- من الأقوال : الأولاد يكونون للزوج الأول .. على أساس أن عقد زواجه صحيح .. فى حين أن العقد الثانى فاسد ، فالمرأة وقته لم تكن صالحة لأن تكون محلاً له لأنها زوجة للأول ، وبناء على ذلك يستوى كونها ولدت لأقل من ستة اشهر أو أكثر من وقت العقد الثانى وهو رأى الإمام ابى حنيفة وقد رجع عنه كما قيل سابقاً .

وما سبق متعلق بحكم نسب الولد . أما الزواج الثانى فهو يقيناً زواجاً فاسداً لأن المرأة متزوجة فعلاً ، ويجب التفريق بينهما .. وتعود لزوجها الأول لأن العقد قائم بينها وبينه([1]) .

= قلت : وظاهره أنه على المفتى به يكون الولد للثانى مطلقاً ، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت العقد ، كما يدل عليه ذكر الإطلاق قبله ، والاقتصار على التفصيل بعده ، وهذا خلاف ما قاله ابن الحنبلى ، وهذا وجه الاستدراك ، لكن لا يخفى ما فيه ، فقد ذكرنا قريباً أن المنكوحة لو ولدت لدون ستة أشهر لم يثبت نسبه من الزوج ، ويفسد النكاح ، أى لابد من تصور العلوق منه ، وفيما دون ستة اشهر لا يتصور ذلك ، وهذا إذا لم يعلم بأن لها زوجاً غيره ، فكيف إذا ظهر زوج غيره . فلا شك فى عدم ثبوته من الثانى . ولهذا قال فى شرح درر البحار : إن هذا مشكل فيما إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها . ا هـ . والحق أن الإطلاق غير وارد ، وأن الصواب ما نقله ابن الحنبلى ، وبه يظهر أن هذه الرواية عن الإمام المفتى بها هى التى أخذ بها أبو يوسف ، وأنه لابد من تقييد كلام المصنف والمجمع بما نقله ابن الحنبلى ، وأنه لا وجه للاستدراك عليه بما فى المجمع) .

([1]) النسب وآثاره د. محمد يوسف موسى ص١٥-١٦ فقرة ١٦ – أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية د. الشيخ عبد الرحمن تاج ص٣٨١ وبه (لو غاب الزوج عنها فتزوجت غيره ، ودخل بها ، ثم عاد الثانى ، أنه يجب التفريق بينها وبين الثانى وعليها عدة منه ، لكن لا نفقة لها فى هذه العدة ، لا على الزوج الأول ، ولا على الثانى ، لأن العدة من الثانى ، فلا تجب عليه نفقتها ، إذ الزواج فاسد ، والفاسد لا تجب به نفقة ، لا فى حال قيام الزواج ولا فى حال العدة من فرقته . وعدم وجوب =

المبحث الثانى

نسب المولود بعد طلاق رجعى

تختلف هذه المسألة حسب ما إذا جاء الولد خلال العدة أو بعد انقضائها .

١- إذا جاء الولد خلال العدة بان لم تقر الزوجة بانقضائها :

فالولد قد يأتى إما :

(أ)	(ب)	(جـ)
لأكثر من سنتين من تاريخ الطلاق	لتمام السنتين	لأقل من السنتين

(أ) لو جاء الولد لأكثر من سنتين من تاريخ الطلاق يثبت نسب الولد من المطلق لأن العلوق بالولد حصل فى العدة والزوجة فيها مباحة الوطء لزوجها .

كما يترتب على ذلك أن العلوق بالولد يكون رجعة لأن الوطء حصل بعد الطلاق فى العدة وهذا يعتبر منه مراجعة(١) .

= النفقة على الأول وجهه ظاهر ، فإن العدة ليست منه ، والزوجة ممنوعة منه شرعاً لسبب من جهتها ، فلا يكون لها عليه نفقة .

وهذا بخلاف حال امرأة طلقها زوجها ثلاثاً بعد الدخول فتزوجت قبل انقضاء عدتها برجل آخر ، ودخل بها الثانى ، فإنه يكون لها النفقة والسكنى على الزوج الأول ، لأنها معتدة من طلاق بائن من الأول . والذى يجب عليه هو النفقة والسكنى فى بقى المدة التى تتم بها عدتها منه ، ولا يجب عليه شىء فيما زاد على ذلك ، مما تكمل به عدة الثانى .

(١) الجوهرة جـ٢ ص١٦١ – الهداية وفتح القدير جـ٣ ص٣٠٢-٣٠٣ .

(ب) إن جاء الولد لتمام سنتين من تاريخ الطلاق يثبت نسبه من المطلق لأن العدة باقية ... ومدة الحمل باقية([1]) .

ولكن ... هل يعتبر العلوق بالولد هنا رجعة ؟

اختلفت الآراء فى مذهب أبى حنيفة فى هذا الصدد على ما يلى :-

- بعض الفقهاء ←مجيء الولد لتمام سنتين من تاريخ الطلاق كمجيئه لأكثر منهما ، كلاهما يعتبر رجعة .

- فى الاختيار ← لو جاءت المطلقة رجعياً بولد لسنتين أو أكثر ... كان رجعة ... لأن العلوق بعد الطلاق ، والظاهر أنه منه ، وأنه وطئها فى العدة وفى ذلك حملاً لحالها على الأحسن والأصلح([2]) .

- حاشية الشلبى عن المجمع ← الرجعية إذا أتت بالولد لسنتين أو أكثر ثبت نسبه ، وكان المطلق راجعاً([3]) .

- فى التنوير وشارحه ← لو أتت المطلقة بالولد لأكثر من سنتين أو لتمام السنتين تكون رجعة لعلوقها فى العدة ....

- قال ابن عابدين فى حاشيته ← معنى هذا أن حكم السنتين حكم الأكثر من حيث اعتبار العلوق بالولد رجعة([4]) .

([1]) الجوهرة جـ٢ ص١٦١ .

([2]) الاختيار جـ٢ ص٢٣٨ .

([3]) حاشية الشلبى على الزيلعى جـ٣ ص٣٩ ، ٤٠ .

([4]) تنوير الأبصار وشارحه ([فيثبت نسب] ولد [معتدة الرجعى] ... [وإن ولدت لأكثر من سنتين] ، ولو لعشرين سنة فأكثر ، لاحتمال امتداد طهرها ، وعلوقها فى العدة ، [ما لم تقر بمضى العدة] ... [وكانت] الولادة [رجعة] ، لو [فى الأكثر منها] ، أو لتمامها ، =

ولكن خالف هذا الرأى آخرون :

- ففى الجوهرة التفرقة بين مجيء الولد لسنتين ولأكثر من تاريخ الطلاق ، فجاء بها أن العلوق فى الفرض الثانى يعتبر رجعة تأسيساً أنه حصل خلال العدة([1]) .

- وفى حاشية الشلبى : لو جاءت المطلقة رجعياً بالولد لتمام سنتين يثبت النسب ، لأنه يثبت بالشبهة ... ولا يصير مراجعة .. لأن العلوق يمكن أن يكون حصل بعد الطلاق ويمكن أن يكون مقارناً للطلاق ، فلا يثبت بالشك([2]) .

- والحقيقة يظهر مما ذكر أن النسب يثبت فى الحالتين سواء جاء الولد لتمام السنتين بعد الطلاق أو لأكثر منهما .

- ولا خلاف فى أن المطلق يعتبر مراجعاً لو أتى الولد لأكثر من سنتين تاليتين لتاريخ الطلاق .

ومحل الخلاف يكون فى هل يعتبر المطلق مراجعاً أم لا لو أتى الولد لتمام سنتين من تاريخ الطلاق .

= لعلوقها فى العدة – وقد جاء فى حاشية ابن عابدين : [قوله : فى الأكثر منها] ، أى من السنتين . [قوله : أو لتمامها] ، تصريح بما فهم من قوله : لا فى الأقل ، لأن التقييد به ، مع فهمه من التقييد بالأكثر ، لبيان أن حكم السنتين حكم الأكثر ، كما نبه عليه فى البحر . [قوله : لعلوقها فى العدة] ، فيصير بالوطء راجعاً . نهر . قوله : وكانت الولادة رجعة : معناه أنها دليل الرجعة ، لأن الرجعة حقيقة بالوطء السابق لا بها) (راجع حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٥٨) .

(انظر د. عبد العزيز عامر ص٣٥) .

([1]) الجوهرة جـ٢ ص١٦١ .

([2]) حاشية الشلبى على الزيلعى جـ٢ ص٣٩ ، ٤٠ .

وأرجح أن العلوق في هذه الحالة لا يكون مراجعة ... لاحتمال مقارنة العلوق بالطلاق ... والمراجعة لا تثبت بالشك ، بخلاف النسب حيث يحتاط فيه رحمة بالولد ... حتى لا يكون هملاً .

(جـ) إن جاءت بالولد لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق :

تبين من زوجها من تاريخ الوضع ، حيث به تنتفي عدتها ، ويثبت نسب الولد منه ... حيث العلوق وجد ، إما في النكاح أو في العدة – وفي كلا الحالتين ينسب الولد للمطلق([1]) .

– ولا يصير المطلق مراجعاً لأن العلوق محتمل وجوده قبل الطلاق ، أو بعده ، وفي الفرض الأول لا تكون رجعة ، فأخذاً بالأحوط ، لا تثبت رجعة ، لأن الشك مانع من الرجعة فلا يصير المطلق راجعاً بالشك([2]) .

([1]) الجوهرة جـ٢ ص١٦٢ [قوله : فإذا جاءت به لأقل من سنتين بانت منه] ، لأنها تصير بوضعه منقضية العدة – ويثبت نسبه ، لوجود العلوق في النكاح أو في العدة . ولا يصير مراجعاً ، لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ، ويحتمل بعده ، فلا يصير مراجعاً بالشك ٩ .

– التنوير والدر وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٥٨ – الاختيار جـ٢ ص٣٣٨ – الهداية وفتح القدير جـ٣ ص٣٠٢-٣٠٣ .

([2]) المراجع السابقة – وشرح الزيلعي على الكنز جـ٣ ص٣٩-٤٠ (وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لأقل من سنتين فكذلك الحكم في ثبوت النسب والبينونة ... لأنه يحتمل أن يكون من حمل قبل الطلاق فحمل عليه ، فإن قيل : ينبغي أن يحمل على أنه بوطء بعد الطلاق ، لأن الحوادث تحمل على أقرب أوقات الإمكان ، وفيه إثبات الرجعة أيضاً ، احتياطاً ، فكان أولى ، قلنا الحوادث إنما تحمل على أقرب أوقاتها إذا لم يوجد المقتضي بخلاف ذلك ، وأما إذا وجد فلا ، وهنا وجد المقتضي ، لأن الطلاق الرجعي يقتضي البينونة عند انقضاء العدة ، والقول بثبوت الرجعة إبطال له ، فلا =

– وتحديد المدة بأكثر من سنتين أو أقل من سنتين مـرده أن مـدة الحمل عند الحنفية سنتان .

فيختلف الحكم عند غيرهم تبعاً لاختلاف المدة([1]) .

– مما سبق نستطيع استخلاص أنه لو أتت المرأة بالولد خلال العدة في الطلاق الرجعي فنسبه يثبت من المطلق ، سواء ولد لأقل من سـنتين أو لتمامها أو لأكثر منها بعد تاريخ الطلاق .

– وكل ما في الأمر أن العدة تنقضي بالولادة لأقل مـن سـنتين – والعلوق بالولد يعد رجعة لو أتى لأكثر من سنتين .

= يجوز ولأن فيه حمل أمره على خلاف السنة ، وهي المراجعة بالفعل ، مع ما فيه مـن إثبات الرجعة بالشك ، وهو أيضاً لا يجوز ، فلا يصار إليه مع إمكان غيـره) – وكـذلك حاشية الشلبي على الشرح المذكور ، وهي على هامـشه ص٤٠ : (... بخـلاف مـا إذا جاءت به لأقل من سنتين لا تثبت رجعتها ، فإن العلوق يحتمل أنه كان في العصمة ، كما يحتمل أنه كان في العدة ، وإحالة الحادث إلى أقرب الأوقات ، إذا لم يعارضه ظاهر آخـر ، والظاهر الوطء في العصمة لا في العدة ، لأنه هو المعتاد ، وما قضت به العـادة أرجـح من إضافة الحادث إلى الزمن القريب ، مع ما فيه من مخالفة السنة في الرجعة ، ومخالفة العادة أيضاً فيها ، إذ معتاد الناس في الرجعة أن يراجعوا باللفظ) .

– الهداية وفتح القدير جـ٣ ص٣٠٢-٣٠٣ .

([1]) كشاف القناع جـ٣ ص٢٥٣-٢٥٤ وفيه أن المطلقة رجعياً ، إذا أتت بالولد لأكثـر مـن أربع سنوات منذ طلقها ، إن لم تخبر بانقضاء عدتها ، فإن نسب الولد يلحقـه – المغنـي جـ٩ ص١١٧ وبه (أن المرأة التي تلد لأربع سنين فما دون ، من يوم مـوت الـزوج أو طلاقه ، ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقروء ولا بوضع الحمل ، فـإن الولد يلحق بالزوج ، وعدتها تنقضي بوضع الحمل) ... ص٥٦ (أنها إن وضـعته قبـل انقضاء العدة ، لأقل من أربع سنين ، لحق بالزوج ، ولم ينتفِ عنه إلا باللعان) .

- ولكن لو جاء لتمام السنتين ... اختلف فى الأمر على التالى :-

رأى	رأى آخر
- الطوق به يكون رجعة ∴ حكم السنتين هو حكم الأكثر فى الرجعة .	- الطوق به لا يكون رجعة وتنقضى العدة بالولادة . ∴ حكم السنتين هو نفس حكم الأقل منها .

ماذا لو أتت المرأة بالولد بعد انقضاء العدة بأن أقرت بالانقضاء وكان هذا الإقرار فى مدة تحتمل ذلك بأن تكون المدة قبل الإقرار إما

٦٠ يوماً	٣٩ يوماً
على رأى الإمام أبو حنيفة	على رأى الصاحبين

- إذا أتت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت نسبه ... لأنه متيقن من وجود الحمل وقت الإقرار حيث أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، فيظهر كذب الإقرار لأنها حامل وقته .

أو يلزم أن لا يكون الدم حيضاً لأنها كانت حاملاً وقت رؤية الدم والحامل لا تحيض .

- إذا أتت بالولد لستة أشهر فصاعداً من تاريخ الإقرار لا يثبت نسبه ... فأقل مدة الحمل ستة أشهر .. فمجيء الولد بعد ستة أشهر أو أكثر من وقت الإقرار معناه أن الحمل حدث بعد الإقرار فلا يلزم المطلق ولا

يثبت نسبه منه([1]) .

وعلى هذا الرأى الحنفية والحنابلة وقال به ابن سريج .

- أما الإمامان مالك والشافعى :

المعتدة بالقروء : إذا أقرت بانقضاء عدتها ثم أتت بولد لستة أشهر فصاعداً بعد انقضاء العدة يلحق نسبه به ما لم تتزوج أو يبلغ ٤ سنين([2]) .

وكلام الخرقى : يحتمل ذلك لأنه أطلق قوله : إذا أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد وسند هذا الرأى أنه ولد يمكن أن يكون من المطلق ، وليس معه من هو أولى منه ، ولا من يساويه ، فوجب أن يلحق به ، كما لو أتت به بعد عقد النكاح .

- وأرجح الرأى القائل بعدم ثبوت النسب لو أتت المطلقة بالولد لستة أشهر فصاعداً من وقت الإقرار بانقضاء العدة ... حيث أن انقضاء العدة أمر يعلم من جهة المرأة نفسها ، وقد قررت ذلك فألزمت نفسها به ، وبهذا الانقضاء انفصمت العلاقة الزوجية ولم يعد الفراش قائماً خلافاً مع حالة بقاء الزوجية أو العدة .

([1]) الهداية وفتح القدير جـ٣ ص٣٠٢-٣٠٣ - شرح الزيلعى على الكنز وحاشية الشلبى على هذا الشرح جـ٣ ص٤٠ - تنوير الأبصار وشارحه وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٥٧-٨٥٨ - الجوهرة جـ٢ ص١٦١ - الاختيار جـ٢ ص٢٣٨ .

([2]) ذكر فى البدائع أن الشافعى قال : إذا أقرت بانتهاء عدتها ، ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر فأكثر يثبت نسبه ما لم تتزوج وما لم تنته المده المقررة لأقصى الحمل حفظاً لحق الصبى ، إذ إقرارها حجة عليها ولا يمس حق الصبى (انظر محمد أبو زهرة ص٤١٧) .

الفرع الثانى

نسب المولود بعد الفرقة أو وفاة الزوج

المبحث الأول

نسب المولود بعد طلاق بائن([1])

المطلقة بائناً إذا أقرت بانقضاء عدتها ... فحكمها نفس حكم المطلقة رجعياً كما سبق وبينت ......

إن أقرت بانقضاء عدتها ، والمدة تحتمله ، ثم جاءت بولد ، لستة أشهر أو أكثر من وقت الإقرار لا يثبت نسبه ، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من تاريخ الإقرار يثبت نسبه ، وذلك للتيقن من قيام الحمل وقت الإقرار ، فيظهر كذب المرأة([2]) .

([1]) فى الشلبى على الكنز أن معتدة الطلاق البت هى المطلقة طلاقاً بائناً ، أو ثلاثاً . وفى حاشية ابن عابدين أن البت يشمل البت بالواحدة ، والثلاث ، والحرة ، والأمة ، بشرط أن لا يملكها ، ويشمل ما إذا تزوجها فى العدة أو لا .

ونقل عن البرجندى اشتراط كون المبتونة مدخولاً بها . فلو غير مدخول بها فولدت لستة أشهر أو أكثر من وقت الفرقة لا يثبت النسب . وإن ولدت لأقل منها يثبت ، أى إذا كان من وقت العقد ستة أشهر فأكثر.

(الشلبى إلى الكنز جـ٢ ص٤٠ – حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٥٨) .

(انظر د. عبد العزيز عامر ص٣٩) .

([2]) الهداية وفتح القدير جـ٢ ص٣٠٢-٣٠٣ – حاشية الشلبى على الكنز جـ٢ ص٤٠ – تنوير الأبصار وشارحه وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٥٧-٨٥٨ – كشاف القناع جـ٣ ص٢٥٣ – المغنى جـ٩ ص١١٨-١١٩ .

- وقد حكم بأنه يثبت نسب ولد المطلقة بائناً ، المقرة ضمناً بانقضاء عدتها ، ضمن قبولها الزواج بغير مطلقها ، متى جاءت به لأقل من ستة أشهر من تاريخ إقرارها ، ولأقل من سنتين من تاريخ طلاقها ، وتكون مكذبة شرعاً فى إقرارها بانقضاء عدتها . وأساس ذلك أن المنصوص عليه شرعاً أن معتده الطلاق البائن إذا أقرت بانقضاء عدتها وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ الإقرار ، ولأقل من سنتين من تاريخ الطلاق البائن ، يثبت نسبه من المطلق ، وتكون مكذبة فى إقرارها بانقضاء عدتها([1]).

- وحكم بأن المطلقة بائناً ، إذا أقرت بانقضاء عدتها ، وكانت المدة بين الطلاق والإقرار تحتمل الصدق ، بأن كانت ستين يوماً ، وولدت ولداً لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، ولأقل من سنتين من حين البينونة ، يثبت نسب الولد من أبيه المطلق ، للتيقن بوجود الحمل فى الزمن الذى أخبرت عنه بأنه آخر عدتها ، فيظهر كذبها ، ويبطل إقرارها ، وعلى ذلك فلو تزوجت معتدة بائن فولدت لأقل من سنتين منذ بانت من مطلقها ولأقل من ستة أشهر منذ تزوجت بغيره فالولد للأول ، وتنقضى العدتان بوضع الحمل ، حيث لا وطء من الثانى بعده([2]) .

([1]) محكمة الجمالية الشرعية ، ٢٦ ربيع سنة ١٣٤٦ (١٩٢٧/١٠/٢٢) قضية رقم ١٩٤ ، سنة ٢٦-١٩٢٧ ، المحاماة الشرعية س٣ العدد ٥ ، ص٤٦٩ وما بعدها رقم ١٢٦ – تأيد استئنافاً فى ١٩٢٨/٥/٢ .

([2]) محكمة كفر الزيات الشرعية ١٨ المحرم سنة ١٣٥٩ (١٩٤٠/٢/٢٦) قضية رقم ٩٨ لسنة ٣٩ ، ١٩٤٠ ، تأيد استئنافياً بتاريخ ١٩٤٠/٧/٨ ، المحاماة الشرعية ، س١٦ ، الأعداد ٣-٥ ، ص٣٥ ، رقم ٢٥ .

- وإن جاءت بالولد ، ولم تقر بانقضاء العدة .. فيفرق بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى :

لو جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق يثبت نسبه من المطلق ، لأن الحمل يحتمل وجوده وقت الطلاق ، فلا يكون الفراش زائلاً بيقين ، فيثبت النسب احتياطاً .

والنسب يحتاط دائماً فى إثباته إحياء للولد ، وكون الحمل كان موجودا وقت الطلاق أو يحتمله ، يدعو لكى يحمل عليه ، احتيالاً لإثبات النسب ، ولا يعتبر توهم غيره ، حملاً لحال المرأة على الصلاح([1]) .

الحالة الثانية :

لو جاءت به لأكثر من سنتين ، فلا خلاف في عدم ثبوت نسبه للمطلق للتيقن بحدوث الحمل بعد الطلاق ، فلا يكون منه ، لأن وطئها فى العدة محرم عليه بخلاف الطلاق الرجعى ، ولو قيل بثبوت النسب هنا للزم سبق العلوق على الطلاق ، فيلزم بقاء الولد فى بطن أمه أكثر من سنتين ، وهذا غير جائز([2]) .

([1]) الهداية وفتح القدير وشرح العناية جـ٣ ص٣٠٣ - شرح الزيلعى على الكنز وحاشية الشلبى على هذا الشرح جـ٣ ص٤٠ - الجوهرة النيرة جـ٢ ص١٦٢ - الاختيار جـ٢ ص٢٣٨ - تنوير الأبصار وشارحه وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٥٨- المغنى جـ٩ ص١١٧ ، ص٥٦ - كشاف القناع جـ٣ ص٢٥٣-٢٥٤ (المرأة إن جاءت بالولد لأقل من أربع سنين منذ أبانها ، ولم تخبر بانقضاء عدتها بالقروء ، والمطلق ممن يولد لمثله ، لحقه نسبه) .

([2]) شرح الكنز للزيلعى وحاشية الشلبى عليه جـ٣ ص٤٠ - الاختيار جـ٢ ص٢٣٨ - تنوير الأبصار وشارحه وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٥٨ . وفى التنوير وشارحه : =

الحالة الثالثة :

إن جاءت بولد لتمام سنتين من وقت الفرقة اختلف الفقهاء :

الفريق الأول : لا يثبت نسبه للمطلق لأنه لو قيل بثبوت النسب للزم ذلك سبق العلوق على الطلاق ... لأنه لا يحل الوطء بعد الطلاق بخلاف

- (ولو لتمامها لا) يثبت النسب) . وفي الحاشية : (قوله ولو لتمامها) ، خصه بالذكر لأن في الولادة للأكثر لا يثبت بالأولى) .
- وفي هذه المراجع يثبت النسب لو ادعاه لأنه التزم ، والنسب هنا ثابت بالدعوة .
- وقد جاء في الزيلعي على الكنز في مقام الحديث عن الولد تجيء به المبتونة لأكثر من الأقل من السنتين أنه بولادته تنقضي العدة عند أبي يوسف .

أما عند أبي حنيفة ومحمد فإنه يحمل على أن عدتها انقضت قبل الولادة بستة أشهر ، وتزوجت بغيره وجاءت به منه ، إذ ستة أشهر أقل مدة يتصور فيها الولد . ومن أثر ذلك أنها ترد ما أخذت من النفقة من الزوج في ستة الأشهر المذكورة ، حملاً لأمرها على الصلاح وإحياء للولد ، فلا يسمع إقرارها أنه من الزنى في حق الولد ، لأنه ضرر محض في حقه .

وأبو يوسف يقول : يحتمل أنه هو الذي وطئها في العدة أو غيره بشبهة أو بنكاح صحيح ، وسبب النفقة كان ثابتاً بيقين فلا يرد بالشك ، وقال في فتح القدير : إن فيه نظراً ، لأن نسب الولد لم يثبت بيقين ، فأقل أحواله أن يكون وطئها أجنبي بشبهة فحملت منه .. والمنكوحة إذا وطئت بشبهة فحبلت منه لا تجب لها النفقة على الزوج حتى تضع حملها ، لكونها مشغولة بغيره ، فكيف تجب في المعتدة وهي أدنى حالاً .

(شرح الزيلعي على الكنز ، وحاشية الشلبي على هذا الشرح جـ٣ ص٤٠) .

- المغني جـ٩ ص٥٦ (إن وضعته لأكثر من أربع سنين من حين الطلاق ، وكان بائناً ، انتفى عنه بغير لعان ، لأنها إنما علقت به بعد زوال الفراش – نيل المآرب جـ٢ ص٢١٥ (أنها إن جاءت بالولد لفوق أربع سنين منذ أبانها لم يلحقه نسبه ، لأنه لا يمكن كونه منه) .

الطلاق الرجعى ... فلزم من ذلك كون الولد فى بطن أمه لأكثر من سنتين ، والحديث على أن الولد لا يمكث فى بطن أمه أكثر من سنتين ... ومقتضى الحديث أن مدة الحمل تكون فى حدود السنتين ، فيكون العلوق متيقناً بعد البينونة .. وذلك حرام .. والظاهر من حال المسلم أنه لا يرتكب الحرام ، فلا يثبت به نسب المطلق .

وعلى هذا الرأى صاحب الهداية والكنز والزيلعى فى شرحه على الكنز والشلبى وصاحب التنوير وصاحب الاختيار والقدورى ، وغيرهم من الفقهاء .

الفريق الآخر أثبت نسبه ورجح هذا الرأى صاحب الجوهرة وقال : إن النسب يثبت للمطلق إن جاءت بالولد لتمام سنتين من يوم الفرقة ، فرحم المطلقة مشغول بالحمل ، ومدته سنتان .

وقال فى **فتح القدير** : إنه قيل إن رواية عدم الثبوت مخالفة لرواية الإيضاح وشرح الطحاوى ، وإن السنتين تلحق بالأقل منها ، حتى أنهم أثبتوا النسب لو جاءت به لتمام سنتين ، وأن لفظ الحديث يؤيد تلك الروايات .

وقال صاحب الفتح : الاستناد على لفظ الحديث ليس صحيحاً لأن حاصله أن الولد لا يمكث فى البطن أكثر من سنتين ، وإن هذا لا يقتضى أنها لو جاءت بالولد لتمام السنتين من الطلاق أن يثبت نسبه إلا لو كان العلوق حال قيام الفراش .

وقال : إن الوجه أن يحمل على تقرير قاضيخان من أنه يجعل العلوق فى حال الطلاق ، لأنه حينئذ قبل زوال الفراش .

وقال ابن عابدين عن ذلك إنه حسن ... وحينئذ لا يلزم كون الولد فى البطن أكثر من سنتين([1]) .

([1]) الهداية وفتح القدير وشرح العناية وحاشية سعد جلبى جـ٣ ص٣٠٢ – شرح الزيلعى على الكنز وحاشية الشلبى على هذا الشرح جـ٣ ص٤٠ – الاختيار جـ٢ ص٢٣٨ – الجوهرة جـ٢ ص١٦٢ (قوله : وإن جاءت به لتمام سنتين من يوم الفرقة لم يثبت نسبه] ، لأن الحمل حادث بعد الطلاق ، فلا يكون منه ، لأن وطئها حرام ، قال فى شرحه هذا الكلام سهو ، لأن فى غيره من الكتب أن نسبه يثبت إذا جاءت به لسنتين ، لأن رحمها مشغول بالحمل ، ومدته سنتان) .

- تنوير الأبصار وشارحه وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٥٨ . وفى التنوير وشارحه (.... [ولو لتمامها لا] يثبت النسب . وقيل يثبت لتصور العلوق فى حال الطلاق . وزعم فى الجوهرة أنه الصواب) .
- وفى حاشية ابن عابدين (قوله لا يثبت النسب] ، لأنه لو ثبت لزم سبق العلوق على الطلاق ، إذ لا يحل الوطء بعده بخلاف المطلقة الرجعية ، فحينئذ يلزم كون الولد فى بطن أمه أكثر من سنتين ... [قوله : أتصور العلوق فى حال الطلاق] ، أى فيكون قبل زوال الفراش ، كما قرره قاضيخان ، وهو حسن وحينئذ فلا يلزم كون الولد فى البطن أكثر من سنتين . أفاده فى النهر ، وهو مأخوذ من الفتح . [قوله : وزعم فى الجوهرة أنه الصواب] ، حيث جزم بأن قول القدورى : لا يثبت ، سهو ، إذ المذكور فى غيره من الكتب أنه يثبت . قال فى النهر : والحق حمله على اختلاف الروايتين ، لتوارد المتون على عدم ثبوته كما قال القدورى ، إذ قد جرى عليه فى الكنز والوافى ، وهكذا صدر الشريعة وصاحب المجمع ، وهم بالرواية أدرى) .
- الملاحظ أن فى هذه الحالة يثبت النسب حتى عند من يقولون بعدم ثبوته ، لو ادعى المطلق الولد .. على أساس أنه التزمه ، وله فى ذلك وجه ، بأن يكون فى وطئها فى العدة بشبهة ، وثبوت النسب هنا ثبوت بالدعوة .. كما سيأتى إن شاء الله تعالى .
- انظر المغنى لابن قدامه جـ٩ ص١١٧ (المرأة التى تلد ، لأربع سنين فما دون من يوم موت الزوج أو طلاقه ، ولم تكن تزوجت ولا وطئت ، ولا انقضت عدتها بالقروء ولا بوضع الحمل ، فإن الولد يلحق الزوج ، وعدتها تنقضى بوضع الحمل) .

- أثر فترة الولادة فى ثبوت النسب :

قد تستغرق الولادة وقتاً يمضى بعضه قبل مضى السنتين من تاريخ الطلاق والبعض الآخر بعد مضى السنتين .

فى الجوهرة عن الينابيع : إذا خرج رأس الولد لأقل من سنتين ، ثم انفصل عنها لأكثر من سنتين لا يلزمه الولد حتى يخرج الرأس ونصف البدن لأقل من سنتين ، أو يخرج من قبل الرجلين الأكثر من البدن لأقل من سنتين والباقى لأكثر من سنتين(1) .

وفى الفتح : لو خرج بعضه لأقل من سنتين وباقية لأكثر من السنتين لا يلزمه حتى يكون الخارج لأقل من سنتين نصف بدنه ، أو يخرج من قبل الرجلين أكثر البدن لأقل ، والباقى لأكثر(2) .

وفى الزيلعى : ثم المعتبر خروج الأكثر لأقل من سنتين ، وهو خروج الصدر ، إن خرج مستقيماً ، وإن كان منكوساً فسرته ، وهو المعتبر فى انقضاء العدة ، وفى حق الإرث ، إذا مات قبل أن يخرج كله(3) .

وما نستطيع استخلاصه من أقوال الفقهاء أن العبرة فى ثبوت النسب أو عدمه هو خروج أكثر البدن أو عدم خروجه قبل مضى السنتين على الفرقة ، فإن كان الخارج قبل السنتين هو الأكثر يثبت النسب وإن كان الأقل وخرج الباقى بعد السنتين لا يثبت النسب ، وهذا هو المقياس المعتبر فى

---

(1) الجوهرة جـ٢ ص١٦٢ .

(2) وهو منكور عن محمد (انظر فتح القدير جـ٣ ص٣٥٤)

(د. عبد العزيز عامر ص٤٤) .

(3) شرح الزيلعى على الكنز جـ٣ ص٤١ ، وحاشية الشلبى على هذا الشرح .

العدة للحامل ... فالعدة تعتبر منقضية بخروج الأكثر ، وكـذلك فـي حـق الإرث لو مات قبل أن يخرج كله ... فالمعتبر خروج أكثره إتفاقاً .

التوأمان :

لو جاءت المبتوتة بتوأمين الأول لأقل من سنتين من تاريخ الفرقة ، والثانى لأكثر من سنتين من تاريخ الفرقة ...

رأى أبو حنيفة وأبو يوسف يثبت نسب الولـدين اعتبـار بمـسألة الجارية لو ولدت ولدين توأمين بعد بيعها ، الأول أقل من ستة أشهر والثانى لأكثر ، وادعى البائع الأول ، فإن نسبهما يثبت منه لأنهما خلقا من ماء واحد ، وينقض البيع .

رأى محمد ... لا يثبت نسبهما ... فالولد الذى ولد لأكثر من سنتين من علوق حادث بعد الفرقة .. فيتبعه الأول الذى ولد لأقل من سـنتين مـن وقت الفرقة .. لأنها توأمان ، خلقا من ماء واحد .

أما مسألة الجارية ... فيحتمل أن يكون الثانى علقت به فـى ملـك البائع قبل البيع ، لعدم استحالة ذلك ، بخلاف الثانى فى المبتوتة ، حتى وإن ولدت أحدهما لأقل من سنتين والثانى لأكثر ينبغى أن يكون الحكم كذلك ... ويمكن أن يفرق بينهما بأن البائع فى الجارية التزمـه قـصداً بالـدعوى ، والزوج لم يدع ، حتى لو ادعى الزوج الأول كان مثله[1] .

---

(1) فتح القدير جـ٣ ص٣٠٤ (لو جاءت المبتوتة بولدين أحدهما لأقل من سنتين والآخر لأكثر من سنتين ثبت نسبهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، اعتبراه بمن باع جاريـة فجاءت بولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لأكثر ، فادعاهما البـائع ، يثبـت نسبهما ، وينقض البيع ، وعند محمد لا يثبت ، لأن الثاني من علوق حادث بعد الإبانـة ، =

وأميل مع البعض إلى رأى أبى حنيفة ، وأبى يوسف ، لأن الولد الأول جاء لأقل من سنتين من وقت الفرقة ، فيكون من المطلق ، ومجيء الولد الثانى لأكثر من سنتين من وقت الفرقة وهو جاء بعد الأول لأقل من أقل مدة الحمل ، فهما من ماء واحد ، فحيث المسألة كذلك فاللاحق يأخذ حكم السابق الذى ثبت نسبه من المطلق بتطبيق القواعد الفقهية فى ثبوت النسب(١) .

= فيتبعه الأول ، لأنها توأمان ، قيل هو الصواب ، وليس ولد الجارية نظيره ، لأن الولد الثانى يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه ، بخلاف الولد الثانى فى المبتوتة) .

- شرح الزيلعى جـ٣ ص٤٠ (ولو ولدت توأمين ، أحدهما لأقل من سنتين ، والآخر لأكثر منها ، ثبت نسبهما منه عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، أما الجارية إذا ولدت ولدين بعد بيعها ، ثم ادعى البائع الأول ، ثبت نسبهما منه ، لأنهما خلقا من ماء واحد . وقال محمد : لا يثبت نسبهما ، لأن الثانى من علوق حادث ، فمن ضرورته أن يكون الأول كذلك ، لأنها من ماء واحد ، بخلاف مسألة الجارية ، لأن يحتمل أن يكون الثانى علقت به فى ملكه لعدم الاستحالة ، حتى لو ولدت أحدهما لأقل من سنتين والآخر لأكثر ينبغى أن يكون الحكم كذلك . أو نقول : يمكن أن يفرق بينهما بأن البائع التزمه قصداً بالدعوى ، والزوج لم يدع حتى لو ادعى الأول كان مثله) .

- الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٥٩ – كشاف القناع جـ٣ ص٢٥٤ – المغنى جـ٩ ص٥٥ – المهذب جـ٢ ص١٣٢ ، ١٣٣ وهو يتفق مع قول من ينسب الولدين للمطلق ، لأنهما حمل واحد ، ولأن النسب يحتاط لإثباته ولا يحتاط لنفيه ، فيجعل من انتفى منه تابعاً لما أقر به ، ولا يجعل من أقر به تابعاً لما انتفى عنه) .

(١) د. عبد العزيز عامر ص٤٦ .

المبحث الثانى

نسب ولد المتوفى عنها زوجها

- لو أقرت المتوفى عنها زوجها أن عدتها انقضت([1]) ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من يوم الإقرار فيثبت نسب الولد من زوجها المتوفى لأن إقرارها يُحمل على الصحة لأنها جاءت به فى أقل مدة للحمل .. فكانت بذلك حاملاً فى الولد وقت الوفاة ، فيكون الولد للمتوفى .

ولو ولدته لستة أشهر فأكثر من وقت الإقرار لم يثبت نسبه منه([2]) .

فى هذه الحالة يكون قد جاء من علوق تال على الوفاة .

- إذا لم تقر بانقضاء عدتها : فلو أتت بالولد ما بين الوفاة وبين سنتين ، ثبت نسب الولد منه ، سواء قبل الدخول أو بعده .. وذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد لأن الحمل محتمل وجوده وقت الوفاة ، فيكون وقت العلوق الفراش قائماً ... فيثبت النسب احتياطاً لمصلحة الولد .. ولا يثبت النسب إن جاء لسنتين أو لأكثر لأنه تم التيقن من أن الحمل حصل بعد الوفاة ، لأن أكثر مدة للحمل سنتان ... فلا يكون هذا الولد للمتوفى ، ولا يثبت نسبه منه([3]) .

([1]) أربعة أشهر وعشرة أيام .

([2]) الجوهرة النيرة جـ٢ ص١٦٢ .

([3]) الجوهرة النيرة جـ٢ ص١٦٢ – الاختيار جـ٢ ص٢٣٨ – شرح الزيلعى على الكنز جـ٣ ص٤٢ – الهداية وفتح القدير جـ٣ ص٣٠٥ – تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٦٠.

عند زفر : المعتدة من وفاة : لو جاءت بالولد لعشرة أشهر وعشرة أيام فأكثر من وقت الوفاة .. أو جاءت به بعد انقضاء عدتها (أربعة أشهر وعشرة أيام) لستة أشهر فأكثر ، فنسبه لا يثبت للمتوفى .. ويثبت إذا جاءت به أقل من ذلك .

استناداً إلى ما استند إليه أبو حنيفة ومحمد فى الصغيرة ، أن لعدتها جهة واحدة ، والمتوفى عنها زوجها كذلك ، لإنقضاء عدتها جهة واحدة ، وهى مضى أربعة أشهر وعشرا ، فلو لم تقر قبل انقضاء العدة بالحبل ... فقد حكم الشرع بانقضاء عدتها ، فصار كإقرارها ، فلو جاءت بالولد بعد انقضاء العدة لتمام ستة أشهر فأكثر لا يثبت نسبه ، ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت انقضاء العدة يثبت نسبه على ما ذكر أبو حنيفة ومحمد فى مسألة الصغيرة[1] .

وقد رد المخالفون له بأن الأصل فى الصغيرة عدم الحمل ما لم تعترف به ، لذلك اعتبر فى حقها لتعيين جهة العدة بالأشهر .

أما الكبيرة فالأصل فيها الإحبال ، فلم يعتبر فى حقها لتعيين جهة العدة بالأشهر ، بل أن لانقضاء عدتها جهتين : الأشهر ، ووضع الحمل ، والجهتان متساويتان ، لا تتعين إحداهما عند الموت دون الأخرى ، وهذا هو الأصل فى كل منهما ، والحكم فى كل منهما ماض على الأصل ، فيلزم اختلاف الحكم لاختلاف الأصل فى الموضعين .

---

(1) الجوهرة النيرة جـ٢ ص١٦٢ – الاختيار جـ٢ ص٢٣٨-٢٣٩ – شرح الزيلعى على الكنز وحاشية الشلبى على هذا الشرح جـ٣ ص٤٢ – الهداية وفتح القدير جـ٢ ص٣٠٥ . (انظر : د. عبد العزيز عامر ص٤٧).

ولا يقال إن الأصل أيضاً فى الكبيرة عدم الحبل لأن ذلك يكون فى حق غير المتزوجة ، والنكاح لا يعقد إلا للإحبال([1]) .

– وقد حكم أنه يثبت نسب ولد المعتدة من المتوفى متى أتت به لأقل من سنتين من تاريخ الوفاة ، ولا يؤثر فى ذلك إنكار النسب ، خصوصاً إذا سبق إقرار رسمى بالولادة ، وقد نص شرعاً على أن المرأة لو قالت فى عدة الوفاة لست بحامل ، ثم قالت فى الغد أنا حامل كان القول قولها ، وإن قالت بعد أربعة أشهر وعشرة أيام لست بحامل ، ثم قالت أنا حامل لا يقبل قولها إلا أن تأتى بولد لأقل من ستة أشهر من موت زوجها ، فيقبل قولها ، ويبطل إقرارها بانقضاء العدة . وأن الأصل الاحتياط فى ثبوت النسب ما أمكن ، فيثبت مع الشك ، ويبنى على الاحتمالات النادرة التى يمكن تصورها بأى وجه حملاً لحال المرأة على الصلاح ، وإحياء للولد ، ولذلك اعتبر النكاح فيه قائماً مقام الدخول ، ويثبت بالإيماء مع القدرة على النطق ، ويكون الإقرار به متعدياً إلى غير المقر فيما إذا صدق معتدة الوفاة فى الولادة من الورثة رجلان أو رجل وامرأتان ، فإن الحكم بثبوت النسب يجب حتى شارك الولد المصدقين والمكذبين ، وهذا استثناء من القاعدة العامة فى الإقرار ، وهى أن الإقرار حجة على المقر فقط دون غيره([2]) .

([1]) الاختيار جـ٢ ص٢٣٨ – شرح الزيلعى على الكنز وحاشية الشلبى على هذا الشرح جـ٣ ص٤٢ – الهداية وفتح القدير وشرح العناية جـ٣ ص٣٠٥ .

([2]) محكمة اسيوط الإبتدائية الشرعية ، ٣ ربيع الأول سنة ١٣٥٢ (٢٦-٦-١٩٣٣) القضية رقم ٢٨ كلى ١٩٣١/٣٠ ، وقد تقرر من المحكمة العليا تأييده فى الاستئناف بتاريخ ١٩٣٣/١١/٢٤ – المحاماة الشرعية س٥ ، العددان ٥ ، ٦ ص٥١٠ – رقم١٣٨ .

الفرع الثالث

نسب ولد الآيسة والصغيرة

المبحث الأول

نسب ولد الآيسة المعتدة

الآيسة قد تكون معتدة من طلاق أو معتدة من وفاة وسوف أعرض بإذن الله حكم كلاً من الحالتين :

١- حكم الآيسة المعتدة من طلاق :

إن لم تقر الآيسة أن عدتها انقضت ، وجاءت بولد بعد الطلاق الرجعي او البائن ... فهى وذوات الأقراء سواء ، لأنها حيث ولدت فهى ليست بآيسة .

بناء على ذلك يثبت نسب الولد من المطلق لو جاءت به لأقل من سنتين من الطلاق البائن ، ولا يثبت لو جاء لأكثر من ذلك . أما فى الطلاق الرجعي فيثبت النسب ولو جاءت به لأكثر من سنتين([١]) .

وإذا جاءت بالولد لستة أشهر أو أكثر من تاريخ الإقرار بانقضاء العدة ، لا يثبت النسب من المطلق ... لأنها أقرت بانقضاء العدة مطلقاً ، فحمل هذا الإقرار على الإنقضاء بالإقراء ، وهذا هو الأصل .

وما دامت الولادة كانت لستة أشهر أو أكثر من تاريخ الإقرار فيحمل كلامها أن العلوق كان من الغير بعد انقضاء العدة .. كأن تكون تزوجت بغير المطلق وحملت منه ... فلا يبطل إقرارها لعدم ثبوت كذبها يقيناً .

([١]) الزيلعى جـ٣ ص٤٢ – فتح القدير جـ٣ ص٣٠٦ .

ويشترط لإثبات النسب في حالة الإقرار المذكورة أن تكون الولادة لأقل من سنتين من وقت أن بانت – أما فى الرجعى فكيفما كان([1]) .

– ولو كانت أقرت بانقضاء العدة بالأشهر .. فقد ساوى بعض الفقهاء بين هذه الحالة وحالة عدم الإقرار بانقضاء العدة التى تم ذكرها فيما سبق .. فقيل أن نسب الولد يثبت من المطلق لسنتين فى الطلاق البائن ، ولأكثر فى الطلاق الرجعى .

تأسيساً على أنه : أنها لما ولدت بطل اعتدادها بالأشهر .. لأنها ظهر أنها لم تكن آيسة ... فصارت كأنها لم تقر بانقضاء العدة ، فتأخذ حكم المقرة بانقضاء العدة لو ولدت([2]).

وقال آخرون : إن هذه الحالة تأخذ حكم حالة الإقرار بانقضاء العدة مطلقاً .. فإذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت النسب وإن أكثر من ذلك لم يثبت([3]).

حكم الآيسة المعتدة من وفاة :

لو كانت الآيسة معتدة من وفاة .. فهى وذوات الأقراء سواء بسواء .. فعدة الوفاة تكون بالأشهر فى حق كل منهما ، إن لم تكن حاملاً ، فالحامل عدتها تنقضى بوضع الحمل ، يستوى كون ذلك للموت أو غيره([4]) .

([1]) المرجع السابق .

([2]) الزيلعى جـ٣ ص٤٢ .

([3]) فتح القدير جـ٣ ص٣٠٦ – وقد نقل كذلك فتح القدير عن قاضيخان أن الآيسة تعتد بالأشهر ، وإذا ولدت ثبت نسب ولدها فى الطلاق إلى سنتين ، سواء أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر ، وكذا نقل هذا عن المرغينانى. (انظر د. عبد العزيز عامر ص٥٠).

([4]) الزيلعى جـ٣ ص٤٢ – حاشية ابن عابدين والتنوير والدر جـ٢ ص٨٦٠-٨٦١ . –

المبحث الثانى

نسب ولد الصغيرة المعتدة([1])

الصغيرة قد تكون معتدة من طلاق أو من وفاة ، وسأعرض إن شاء الله فيما يلى حكم كلا الحالتين .

حكم نسب ولد المطلقة الصغيرة :

يختلف الحكم هنا باختلاف الحالات :

- وفى الحاشية : (قوله : وأما الآيسة كحائض الخ) ، اعلم أن ما ذكره الشارع هنا من حكم الصغيرة والآيسة تبع فيه الزيلعى ومشى عليه فى النهر ، وكذا فى البحر ، فى مسألة المراهقة السابقة ، لكنه خالف هنا فقال : وشمل ما إذا كانت من ذوات الأقراء أو الأشهر ، لكن قيده فى البدائع بأن تكون من ذوات الأقراء .. قال : (وأما إذا كانت من ذوات الأشهر ، فإن كانت آيسة أو صغيرة فحكمها فى الوفاة ما هو حكمها فى الطلاق وقد ذكرناه ، ا هـ) .

([1]) سميت الصغيرة فى هذا المجال فى الكنز وشرحه للزيلعى بالمراهقة ، وكذلك فى التنوير والدر وابن عابدين . وقد عرف ابن عابدين المراهقة بأنها هى المقاربة للبلوغ ، وهى من بلغت سناً يمكن أن تبلغ فيه ، وهو تسع سنين ، ولم توجد منها علامة البلوغ ، أما من دونها فلا يمكن فيها الحبل . (الهداية وفتح القدير جـ٣ ص٣٠٤-٣٠٥ – الزيلعى جـ٣ ص٤١ – حاشية ابن عابدين والتنوير والدر جـ٢ ص٨٦٠) .

ويمكن أن تكون الصغيرة هنا من حملت فعلاً ، وهذا يفيد أنها كانت محتملة الحمل . وتخرج من هذا المجال من كانت إمارات البلوغ ظاهرة فيها ، لأنها تكون بالغة فعلاً لا صغيرة .

أما تحديد السن الذى لا يتصور الحمل قبله بتسع فلا أظن ذلك ، بل الأمر قد يختلف من حالة لأخرى ، فقد يكون الحمل ممكناً قبل هذا السن ، ولو أتت بولد قبل هذا السن فإن ذلك يفيد أنها كانت محتملة الحمل : ولا يقال أنه بمجرد النقص عن التسع أن لا يقال بذلك ، لأن الولادة قد تحققت فعلاً ، فالمعيار شخصى وليس مادى .

- قد يكون الطلاق حصل قبل الدخول .
- قد يكون الطلاق حصل بعد الدخول :

وهنـــا

قد تكون المطلقة أقرت بانقضاء عدتها	لم تقر بالانقضاء ولم تدع حملاً	أو تدعى حملاً فى بحر العدة

الفرض الأول :

حصول الطلاق قبل الدخول :

أ- إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ، ثبت نسبه من المطلق ... لأن وجود الحمل قبل الطلاق متيقناً([1]) .

وثبت النسب فى هذه الحالة رغم عدم الدخول لأنه عند أبى حنيفة يثبت نسب ولد الزوجة التى تأتى به لستة أشهر فأكثر من حين العقد ، سواء دخل بها الزوج أم لا ، وسواء وجدا فى بلد واحد أو بلدين مختلفين ، قربت بينهما المسافة أو بعدت ... على أساس أن الفراش قائم فى المدة الكافية لتكوين الولد ، والولد للفراش .. وكذلك مصلحة للولد([2]) .

([1]) فتح القدير جـ٢ ص٣٠٥ ، حاشية ابن عابدين والدر المختار على هامشها جـ٢ ص٨٦٠.

([2]) شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لمحمد زيد الإبيانى بك جـ٢ (فيه أن مالكاً يفرق بين أن يكونا قريبين من بعضهما بحيث يغلب على الظن تمكنه منها ، وأن لا يكونا كذلك . ففى الحالة الأخيرة يكون للزوج عنده أن ينفى الولد بدون لعان ، وفى الأولى يثبت النسب إن جاء فى المدة التى تحتمله) .

ب- إن جاءت به لمدة تزيد على الستة أشهر فالنسب لا يثبت ، فهى لا عدة لها .. فالطلاق حصل قبل الدخول ، ولا يقال بالعدة هنا بناء على الحكم بالدخول نتيجة لحصول العلوق قبل الطلاق ، لأن الولادة لأكثر من ستة أشهر لا تستلزم كون العلوق حصل قبل الطلاق ، فقد يكون بعده ، فلا تكون هناك عدة .. لأن من المعروف أن العدة لا تثبت مع الشك(1) .

الفرض الثاني :

حصول الطلاق بعد الدخول :

المطلقة قد لا تكون أقرت بانقضاء عدتها ولم تدع حملاً ، أو قد تكون أقرت بانقضاء عدتها بعد ثلاثة أشهر من الطلاق ، وقد تكون ادعت حملاً خلال العدة .

الحالة الأولى : إن لم تقر المطلقة بانقضاء عدتها ولم تدع حملاً فالنسب يثبت عند أبى حنيفة ومحمد لو جاءت بالولد لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ، أما لو جاءت به لأكثر من ذلك لا يثبت نسبه(2) .

وذلك تأسيساً على أن المراهقة عرفت صغيرة بيقين .. وما عرف باليقين لا يزول بالشك والاحتمال . والصغر مناف للحمل ، فالأصل عدم الحمل فى الصغيرة . كما أن لانقضاء العدة فى الصغيرة جهة واحدة عينها الشارع بالنص فى قوله عز وجل ﴿ وَاللائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ

---

(1) فتح القدير جـ3 ص305 .

(2) فتح القدير والهداية وشرح العناية وحاشية سعد جلبى جـ3 ص304-305 - الزيلعى على الكنز وحاشية الشلبى عليه جـ3 ص41 - التنوير والدر وحاشية ابن عابدين جـ2 ص859-860 - الاختيار جـ2 ص239 .

إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾[1] .

فعدة الصغيرة ثلاثة أشهر وتنقضى بحكم الشرع سواء أقرت أم لم تقر ، لأن ما كان متعيناً شرعاً كان السكوت والبيان فيه سواء . فتكون كمن أقرت بانقضاء عدتها .. بل أن حكم الشرع فى الدلالة فوق إقرارها ، ولأن الإقرار يحتمل الخلاف ، وانقضاء العدة بمضى الأشهر التى عينها الشارع لا يحتمل الخلاف .. فغاية الأمر أن يجعل انقضاؤها بمنزلة إقرارها[2] .

وعند أبي يوسف يثبت النسب فى الطلاق البائن إلى سنتين ، وفى الرجعى إلى سبعة وعشرين شهرا ، لاحتمال أن يكون وطئها فى آخر عدتها وهى الثلاثة أشهر ، فعلقت سنتين . وبعد هذا لا يثبت النسب ، يعنى أنه لا يثبت النسب في الطلاق البائن لو جاءت به لأكثر من سنتين ، وفى الرجعى لا يثبت لو جاء به لأكثر من سبعة وعشرين شهراً .

تأسيساً على أن فرض المسألة هو فى المراهقة المدخول بها ، والمراهقة تكون فى سن يجوز فيه البلوغ ، وهى لم تقر بانقضاء عدتها ، فتشبه الكبيرة فى احتمال حصول العلوق ساعة فساعة ، وحتى تنقضى عدة المراهقة بمضى الأشهر يجب ألا تكون حاملاً ، وهذا لا يعلم إلا من جهتها ، وهى لم تقر بانقضاء العدة ، فيحتمل أن تكون حاملاً بعلوق حصل قبل الطلاق ، وفى الرجعى بعلوق فى العدة .

---

[1] سورة الطلاق الآية ٤ .

[2] فتح القدير والهداية وشرح العناية وحاشية سعد جلبى جـ٣ ص٣٠٤-٣٠٥ - الزيلعى على الكنز وحاشية الشلبى عليه جـ٣ ص٤١ - التنوير والدر وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٥٩-٨٦٠ - الاختيار جـ٢ ص٢٣٩ .

وهذا التصور يكفى لثبوت النسب ، فيحمل عليه ، وتكون كالبالغة مادامت لم تقر بانقضاء العدة .

الحالة الثانية : لو أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر من الطلاق ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، ولأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق يثبت النسب لأن هذا الحمل متيقن وجوده فى البطن قبل انقضاء العدة لأن أقل مدة للحمل ستة أشهر ، وبذلك يكون كذبها قد ثبت بيقين ، أو أنها تكون قد أخطأت فى الإقرار بمضى العدة بالأشهر ، لأن البطن وقته كانت يقيناً مشغولة بالجنين ، وبناء على ذلك فالإقرار يكون باطلا ، وتعتد كأنها لم تقر بالانقضاء .

أما لو جاءت بالولد لستة أشهر أو أكثر من وقت الإقرار أو لتسعة أشهر أو أكثر من وقت الطلاق فنسبه لا يثبت لأن العدة قد انتهت بقولها ، فالجهة وهى الاعتداد بالأشهر قد تعينت ، إذ نصت هذه المدة قبل الإقرار وتأكد هذا التعين بالإقرار(1) .

ولا خلاف بين أبى حنيفة ومحمد من جهة وأبى يوسف من جهة أخرى فى هذه الحالة . لأن الحكم فيها عندهما كسابقتها .. فلا فرق عندهما

---

(1) فتح القدير وشرح العناية وحاشية سعد جلبى جـ٣ ص٣٠٥ - شرح الزيلعى على الكنز وحاشية الشلبى على هذا الشرح جـ٣ ص٤١-٤٢ - وقد قارن الزيلعى بين الصغيرة التى تأتى بالولد بعد إقرارها بانقضاء عدتها وبين الآيسة فقال : (بخلاف الآيسة إذا أقرت بانقضاء عدتها مفسراً بالأشهر ثم جاءت بولد لأقل من سنتين حيث يثبت نسبه . والفرق أن الآيسة بالولادة تبين أنها لم تكن آيسة ، بل كانت من ذوات الأقراء ، ولا كذلك الصغيرة ، ولهذا لم تستأنف العدة إذا حاضت بعد انقضائها ، والآيسة تستأنف) - حاشية ابن عابدين والتنوير وشارحه جـ٢ ص٨٦٠ .

بين الإقرار وعدمه ، فالعبرة بالجهة التي عينها الشارع لانقضاء العدة ، وهي ثلاثة أشهر بالنص ، وبمضيها يحكم الشارع بانقضاء العدة . أما أبو يوسف فإنه فرق بين الإقرار وعدمه .

فعند الإقرار ← يتفق مع أبي حنيفة ومحمد في الحكم .

عند عدم الإقرار ← يخالفهما على ما مر في الفرض السابق(1).

الحالة الثالثة : لو ادعت حبلاً في بحر العدة ..... فهذا إقرار منها بالبلوغ ، فيقبل قولها وتصير كالكبيرة في حق ثبوت النسب ، لأنها أعرف بعدتها فيؤخذ بإقرارها(2) .

ويثبت نسب الولد إن جاءت به لأقل من سنتين في وقت الطلاق في الطلاق البائن ، ولأقل من سبعة وعشرين شهرا في الطلاق الرجعي .

وكون حكم مدعية الحبل كالكبيرة ليس على إطلاقه ، لكن المقصود أنها كالكبيرة في أنه لا يقتصر في حق ثبوت النسب على أقل من تسعة أشهر ،

---

(1) حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٦٠ .

(2) فتح القدير والهداية وشرح العناية جـ٣ ص٣٠٥ – شرح الزيلعي على الكنز وحاشية الشلبي على هذا الشرح جـ٣ ص٤١ (وإن أقرت بالحبل فهو إقرار) . قال في المصفى : وإن أقرت بالحبل فإن كان الطلاق بائنا يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق ، وإن كان رجعياً يثبت إلى سبعة وعشرين شهراً ، وأما إذا لم تقر بشيء فعنده سكوتها كدعوى الحمل . فإن كان الطلاق بائناً يثبت نسبه إلى سنتين . وإن كان رجعياً فإلى سبعة وعشرين شهراً : وعندهما كالإقرار بانقضاء العدة بثلاثة أشهر ، فإن جاءت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق يثبت نسبه منه ، ولأكثر منه لا يثبت في حق الرجعي والبائن) – الاختيار جـ٢ ص٢٣٩ – تنوير الأبصار وشارحه وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٦٠ .

بل يثبت النسب لو ولدته لأقل من سنتين لو كان الطلاق بائناً ، ولأقل من سبعة وعشرين شهراً لو كان الطلاق رجعياً . والقول بالإطلاق لا يستقيم لأن الكبيرة يثبت نسب ولدها فى الطلاق الرجعى لأكثر من سنتين ، وإن طال الوقت لبلوغ اليأس .. حيث أنه يمكن أن يكون طهراً ممتداً ، وأن يكون وطؤه إياها حصل فى آخر الطهر ، بخلاف الصغيرة ، إذ إن عدتها ثلاثة أشهر ، فيحتمل وطؤها فى أخر عدتها ثم تحبل سنتين ، فلابد أن تكون قد أتت به لأقل من سبعة وعشرين شهراً حتى يثبت نسبه(١) .

حكم نسب ولد الصغيرة المتوفى عنها زوجها :

١- إن أقرت بالحمل كانت كالكبيرة ... فيثبت نسب الولد من زوجها المتوفى إلى سنتين .. والقول قولها فيما أقرت به .

٢- إن أقرت بانقضاء عدتها (أربعة أشهر وعشرة أيام) ثم ولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت نسب الولد من المتوفى ، حيث تيقن من وجود الحمل فى البطن وقت الإقرار ، وإن ولدته لستة أشهر فصاعداً لم يثبت نسبه ، لاحتمال حدوثه بعد الإقرار .

٣- إن لم تدع حملاً ، ولم تقر بانقضاء عدتها ... فقد حصل خلاف بين أبى حنيفة ومحمد من جهة ... وأبى يوسف من جهة أخرى ...

أبى حنيفة ومحمد :- يقولان إن ولدت لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام من الوفاة فيثبت النسب من المتوفى لأنه تيقن وجود الحمل قبل مضى عدة الوفاة ... وإن ولدت لعشرة أشهر وعشرة أيام فأكثر لا يثبت النسب .

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٦٠ - فتح القدير جـ٣ ص٣٠٥ - حاشية الشلبى على شرح الكنز جـ٣ ص٤١-٤٢ .

أبي يوسف : النسب يثبت لسنتين ... إن جاءت بالولد لأقل من سنتين من الوفاة ثبت نسبه من المتوفى وإن جاءت به لسنتين فأكثر لم يثبت ... لأن سكوتها بمنزلة الإقرار بالحمل ، وأما عندهما فسكوتها بمنزلة الإقرار بانقضاء العدة ... لأن عدتها ذات جهة واحدة ، إذ لا تحتمل الحمل لصغرها ، ومع ذلك فعدة الصغيرة المتوفى عنها زوجها كعدة المبتوتة عند أبي يوسف(1) .

(1) شرح الزيلعي على الكنز وحاشية الشلبي على هذا الشرح جـ٢ ص٤٢ – تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٦٠ .

المبحث الثالث

نسب ولد المطلقة بائناً والمعتدة

من وفاة لو تزوجت

١- لو تزوجت معتدة البائن فولدت لأقل من سنتين منذ بانت ولأقل من ستة أشهر منذ تزوجت ، فالولد للمطلق ، وليس للزوج الثانى ، لأنه أتى لأقل من ستة أشهر من تاريخ زواجها ، فيكون الحمل به قائماً وقت الزواج بالثانى .

٢- لو أتى الولد لأكثر من سنتين من وقت البينونة ، ولنصف سنة منذ زواجها ، فالولد للزوج وليس للمطلق ، لأن ذلك ممكن ، ويتعذر كونه من المطلق لمضى أكثر من أقصى مدة الحمل على البينونة .

٣- لو جاء الولد لأكثر من سنتين من تاريخ البينونة ، ولأقل من ستة أشهر من تاريخ الزواج بالثانى ، فلا يلزم أى منهما .

ومن حيث أنه لا يلزم المطلق فلأنه جاء بعد أكثر من سنتين من تاريخ البينونة ، فالعلوق به لا يكون حصل قبل الطلاق .

ولا يلزم الزوج الثانى فلأنه أتى لأقل من أقل مدة الحمل من تاريخ الزواج الثانى .

٤- لو أتى الولد لأقل من سنتين من تاريخ البينونة ولنصف سنة من تاريخ الزواج الثانى .. فيمكن أن يكون للأول أو للثانى .

فالبعض يقول بأنه للأول([1]) والآخرين يقولون أنه للثانى([2]) ، لأنهـا لما أقدمت على الزواج يعتبر ذلك دليل انقضاء عدتها فكان بمنزلة إقرارهـا بانقضاء العدة ، حتى لو علم بالعدة فالنكاح فاسد ، والولد لـلأول إن أمكـن إثبات ذلك ، بأن تلد لأقل من سنتين مذ طلق أو مات . أما لو كان لا يمكـن إثبات ذلك بأن جاءت به لأكثر من سنتين مذ بانت ، ولستة أشهر مذ تزوجت فالولد للثانى([3]) .

- وقد حكم بأن معتدة البائن لو تزوجت فولدت لأقل من سنتين منـذ بانت من مطلقها ولأقل من ستة أشهر منذ تزوجت بغيره ، فالولد لـلأول ، وتنقضى العدتان بوضع الحمل ، وهذا سارى حتى لو أقرت بانقضاء العـدة من الأول ، لأنها لو أقرت بذلك ، وكانت المدة بين الطلاق والإقرار تحتمل الصدق ، بأن كانت ستين يوماً مثلاً ، ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، ولأقل من سنتين من وقت الإبانة ، ثبت كذبها ، وبطل إقرارهـا ، وينسب الولد للمطلق([4]) .

([1]) الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٧٠-٨٧١ .

([2]) المرجع السابق .

([3]) المرجع السابق .

([4]) محكمة كفر الزيات الشرعية ١٨ - محرم سنة ١٣٥٩ (٢٦-٢-١٩٤٠) القضية رقم ٩٨ سنة ٣٩-١٩٤٠ ، وقد تأيد استئنافياً فى ١٩٤٠/٧/٨ المحاماة الشرعية س١٦ الأعداد ٣ ، ٥ ص٣٥ رقم ٢٥ .

الفرع الرابع

الجارى عليه العمل فى نسب المطلقة والمتوفى عنها زوجها

تنص المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه لا تسمع ، عند الإنكار ، دعوى النسب ... لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة .

وقالت المذكرة الإيضاحية لهذه المادة إنه بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن يثبت نسب ولد المطلقة بائناً إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق ، ونسب ولد المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الوفاة ، ونسب ولد المطلقة رجعياً فى أى وقت أتت به من وقت الطلاق ، ما لم تقر بانقضاء العدة .

وإن العمل بذلك مع شيوع فساد الذمم وسوء الأخلاق أدى إلى الجرأة على إدعاء نسب أولاد غير شرعيين ، وتقدمت بذلك شكاوى عديدة .

ولما كان رأى الفقهاء فى ثبوت النسب مبنياً على رأيهم فى أقصى مدة الحمل ، ولم يبن أغلبهم رأيه فى ذلك إلا على أخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين ، والبعض الآخر كأبى حنيفة بنى رأيه فى ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة رضى الله عنها يتضمن بأن أقصى مدة للحمل سنتان ، وليس فى أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة . فلم تر الوزارة مانعاً من أخذ رأى الأطباء فى المدة التى يمكثها الحمل ، فأفاد الطبيب الشرعى بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوماً حتى يشمل جميع الأحوال النادرة ، وبما أنه يجوز شرعاً لولى الأمر أن يمنع قضاته من

سماع بعض الدعاوى التى يشاع فيها التزوير والاحتيال ، ودعوى نسب ولد بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق بين الزوجين أو وفاة الزوج ... ظاهر فيها الاحتيال والتزوير ، لذلك وضعت المادة (١٥) من مشروع القانون .

وبمقتضى هذا التشريع صارت الدعوى بالنسب لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها لا تسمع عند الإنكار إذا أتت به بعد سنة شمسية من وقت الطلاق أو الوفاة .

أما إذا لم يكن هناك إنكار فإن المطبق هو الراجح من مذهب أبى حنيفة ، وسند تطبيق هذا النص دون الراجح من مذهب أبى حنيفة أنه أتى بقاعدة خاصة ، فيجب أن تصدر الأحكام فى إقليم مصر على مقتضاها ، عملاً بالمادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، ونصها : « تصدر الأحكام طبقاً للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية ، على قواعد خاصة ، فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد » .

والمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ صدر للمحاكم الشرعية ، وفيه قواعد خاصة بالنسب ، فهى التى تطبق .

ومن المهم معرفة أن الأمر هنا أمر بعدم السماع وليس بعدم ثبوت النسب .. وهنا فرق بينهما .

وأرى مع البعض([1]) أن المشرع قد لجأ لتقرير عدم السماع لأنه قيد نفسه بمذهب أبى حنيفة ، وكان يستطيع الأخذ بمبدأ ابن الحكم أو برأى الظاهرية فى أقصى مدة الحمل فيجعلها سنة أو تسعة أشهر ، وفى ذلك نبذ لجميع الآراء التى لا تتفق مع العصر ، وينتهى لتقرير عدم ثبوت النسب لو

([1]) د. عبد العزيز عامر ص٦١ .

أتت المطلقة بالولد لأكثر من أقصى مدة الحمل وليس فقط أن يقف عند عدم سماع الدعوى ... وقد أخذ المشرع المصرى فى حالات عديدة بغير مذهب أبى حنيفة ، وكل هذه الآراء تدخل فى إطار الشريعة الإسلامية إذ إن هذه الشريعة متطورة صالحة لكل العصور منزهة عن الجمود ، تحقق مصالح الناس فى كل بيئة وفى كل عصر .

– وقد حكم أن النص المذكور استثناء من الأصل ، وهذا الاستثناء يوقف عنده ، ولا يتوسع فيه ، لأن قاعدة الولد للفراش مازالت قائمة على أصولها ، وكل ما فى الموضوع أن ولى الأمر نهى عن سماع بعض الدعاوى من صورها : بعضها كان تصويرها ما وراء المادة ، وبعضها بلغ حد الاستحالة المادية ، وكلها من فروع التشريع لا من أصوله([1]) .

ويتفرع على ذلك أن النهى عن السماع فى هذا الخصوص خاص بالمطلقة والمتوفى عنها زوجها .

– وحكم بأن ما جاء بالمادة ١٥ من ق٢٥ لسنة ١٩٢٩ من أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد المطلقة ، إذا أتت به لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق ، إنما هو خاص بمن تدعى ما ذكر ، بعنوان كونها مطلقة لا بعنوان كونها مراجعة ، قد وضعت الولد على فراش الزوجية الصحيحة ، التى حدثت بعد الطلاق([2]) .

([1]) محكمة القاهرة الإبتدائية الشرعية ١٩٤٩/٩/٢٥ – ٣ ذو الحجة سنة ١٣٦٨ القضية رقم ١٣٣ لسنة ١٩٤٨ كلى ، تأيد فى الاستئناف بتاريخ ١٩٥٠/٦/٥ . المحاماة الشرعية ، س٢١ العددان ٩ ، ١٠ ص٥٠٢ ، رقم ٩١ .

([2]) محكمة أسيوط الشرعية ١٧ ربيع أول سنة ١٣٦٦هـ (٨–٢–١٩٤٧) قضية رقم ١٠٥٨ سنة ٤٥ – ٤٦ – تأيد فى الاستئناف . المحاماة الشرعية ، س٢١ ص٤٠٥ ، رقم ٧٨ .

الفرع الخامس

إثبات نسب ولد المعتدة[1]

([1]) **المقصود بالمعتدة فى هذا المقام :-** جاء فى الجوهرة أنه يستوى أن تكون معتدة من طلاق رجعى أو من طلاق بائن أو وفاة . وفى الفتح أن إطلاق المصنف يشمل المعتدة من وفاة وعن طلاق بائن أو رجعى ، فيوافق تصريح قاضيخان وفخر الإسلام يجريان الخلاف فى الرجعى . وشمس الأئمة قيد المسألة بأن يكون الطلاق بائناً فقال : لو أن رجلاً طلق امرأته ثلاثا أو تطليقاً بائناً ثم جاءت بولد بعد الطلاق لسنتين أو أقل ، وشهدت امرأة على الولادة ، والزوج ينكر الولادة والحبل ، لم يلزم النسب فى قول أبى حنيفة ما لم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان . ونحوه فعل صاحب المختلف حيث قال : شهادة القابلة على الولادة لا تقبل إلا بمؤيد . يقصد الحمل الظاهر أو الاعتراف أو تصديق الورثة ، إلى قوله : حتى إن المعتدة عن وفاة إذا كذبها الورثة فى الولادة ، وفى الطلاق البائن إذا كذبها الزوج ، إلى آخر ما ذكره ... إلى أن قال صاحب الفتح : وإذا تقرر أن النكاح بعد الرجعى قائم من كل وجه يتجه تقييد الخلاف بالبائن كما نقله شمس الأئمة ، ويكون الرجعى كالعصمة القائمة حتى حل الوطء ودواعيه ، والخلاف إنما هو بعد الموت وبالطلاق البائن – وفى شرح الزيلعى على الكنز أنه يدخل فى المعتدة هنا جميع أنواع المعتدات . وفى الرجعى إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين إشكال ، لأن الفراش ليس بمنقض فى حقها ، لأنها تكون مراجعة ، لكون العلوق فى العدة ، فينبغى أن يثبت نسب ولدها بشهادة القابلة من غير زيادة شىء آخر ، كما فى المنكوحة . وقد نقل عن المبسوط أنه قيده بقيدين لعدم ثبوته بدون شهادة رجلين . أن يكون الطلاق بائناً ، أو يكون الزوج منكراً للولادة ، فالظاهر أنه اتفاقى لا على سبيل الشرط ، لأن ظهور الحمل كإقراره ، ولا فرق فى ذلك بين البائن والرجعى أيضاً عند انقضاء العدة بوضعه – وفى حاشية ابن عابدين أن المقصود بالطلاق هنا البائن أو الرجعى وأن فخر الإسلام صرح به وعليه جرى قاضيخان ، وقيده السرخسى بالبائن . وقال نقلاً عن البحر : إن الحق أنها فى الرجعى إن جاءت به لأكثر من سنتين احتيج للشهادة كالبائن ، وإن لأقل يثبت نسبه بشهادة القابلة اتفاقاً لعدم الفراش . إلى أن قال إن الطلاق هنا يحمل على البائن ليوافق كلام الشارح فى الدر المختار ، إذ يقول إن شهادة القابلة تكفى فى معتدة رجعى ولدت لأكثر من سنتين –

لو ولدت المعتدة ولداً لا يثبت نسبة عند أبي حنيفة إلا بشهادة تامة ، يعني أن يشهد بالنسب رجلان أو رجل وامرأتان ، وذلك إن لم يكن هناك حمل ظاهر أو اعتراف به من قبل الزوج أو تصديق من الورثة ، اعتماداً على أن المرأة لو أقرت بوضع الحمل انقضت عدتها ، فصارت أجنبية ، فزال الفراش ، والفراش المنقضي لا يكون حجة ليكون مؤيداً الحجة ضعيفة (شهادة المرأة الواحدة) لذلك فيجب إثبات النسب أمام القضاء ، فلابد إذن من وجود الحجة الكاملة على الولادة([1]) .

وعنده أنه لا يرد على ذلك بأن الرجل لا يحل له النظر للعورة ، فكيف تقبل شهادته التي مبناها نظره للعورة .. وهو لا يمكنه الشهادة إلا لو نظر لعورة المرأة وبذلك يكون فاسقاً ترد شهادته .. والشهادة لا يلزم أن تكون ثمرة النظرة للعورة ، فهي ممكنة بدون ذلك . كمثل رجلين على باب

= لا لأقل . وهذا عند ابن عابدين تقييد لإطلاق قول الشارح : أو طلاق ، الشامل للرجعي والبائن ، لأن معتدة الرجعي إذا ولدت لأكثر من سنتين ، ولم تكن أقرت بانقضاء عدتها ، يكون ذلك رجعة بالوطء السابق ، فتكون قد ولدت والنكاح قائم ، فلا يتوقف ثبوت الولادة على الشهادة ، إذا أنكرها ، بل يكفي شهادة القابلة لقيام الفراش ، فيثبت النسب بالفراش ، وتعيين الولد بشهادة القابلة ، كما ذكره الزيلعي في ولادة المنكوحة . أما إذا جاءت به لأقل من سنتين فإن شهادة القابلة لا تكفي على الولادة ، لانقضاء عدتها فلم تبق زوجة . وعنده أن الولادة لتمام السنتين تأخذ هذا الحكم أيضاً (الجوهرة جـ٢ ص١٦٢ – فتح القدير جـ٣ ص٣٠٦ – الزيلعي على الكنز جـ٣ ص٤٣ – حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٦١-٨٦٣) .
انظر د. عبد العزيز عامر ص٦٥ .

([1]) الجوهرة جـ٢ ص١٦٢ – الاختيار جـ٢ ص٢٣٨-٢٣٩ – فتح القدير جـ٣ ص٣٠٦ – شرح الزيلعي على متن الكنز جـ٣ ص٤٣ – حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٦١ ، والتنوير وشارحه على هامشه .

منزل لا يعلمان فيه أحداً ، ثم دخلته أمامهما امرأة وحدها ، ورأيا معها بعد ذاك الولد ، أو سمعا صوت صراخه ، فشهادتهما هنا جائزة مع عدم حصول النظر لعورة المرأة([1]) .

وقد يتفق أن يكون النظر للعورة بغير قصد ولا عمد ، فلا يقال مع ذلك بفسق الشاهد ، لأنه لم يتعمد النظر للعورة ، بل اتفق أن حصل النظر إليها([2]) . وقد يكون النظر قد دعت إليه الضرورة ، فلا يقال بفسق الشاهد لأن الضرورات تبيح المحظورات([3]) .

أما لو كان هناك حمل ظاهر([4]) ... وأنكر الزوج الولادة ، أو اعترف الزوج بالولادة أو بالحبل ، فلابد من شهادة القابلة ... لأنه يجوز أن تكون ولدت ولداً ميتاً وأرادت أن تلزم الزوج بولد غيره .

([1]) حاشية الشلبى على شرح الكنز جـ٣ ص٤٤ – حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٦١-٨٦٢ – فتح القدير جـ٣ ص٣٠٧ .

([2]) الزيلعى على الكنز جـ٣ ص٤٣-٤٤ ، وحاشية الشلبى عليه – حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٦٢ – فتح القدير جـ٣ ص٣٠٧ .

([3]) الزيلعى على الكنز جـ٣ ص٤٣-٤٤ – حاشية الشلبى عليه ... ويمكن تصور حالة الضرورة فى مثل ولادة تطلبت طبيباً تعين لها ومعه مساعده . فإن الضرورة هنا قاضية بنظرهما إلى العورة . ووجود حالة الضرورة لا يمكن أن يقال معها بفسقهما الذى يرد شهادتهما .

([4]) الحمل الظاهر : قال فى الجوهرة : إن الحمل الظاهر هو أن تجيء به لأقل من ستة أشهر . وفى حاشية ابن عابدين أن ظهور الحمل بأن تأتى به لأقل من ستة أشهر كما فى السراج . وقال الشيخ قاسم : إن المراد بظهوره أن تكون إمارات حملها بالغة مبلغاً يوجب غلبة الظن بكونها حاملاً لكل من شاهدها ، وذلك نقلاً عن الشرنبلالية ، وإن صاحب النهر مشى على الثانى حيث قال : أو حبل ظاهر يعرفه كل أحد ، وهذا يفيد أن الحبل قد يثبت بدون ولادة (الجوهرة جـ٢ ص١٦٢ – حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٦٢) .

ولا يقال عنده هنا بالحجة التامة ، لأنه لو كان الحمل ظاهراً قبل دعواها ، أو اعترف به الزوج ، فالنسب ثابت قبل الولادة بالفراش لما في البطن ، فلا يحتاج لإثبات . وقيام الحمل ظاهراً أو اعترافا ، وقيام الفراش ، يؤيد شهادة القابلة ، والحاجة هنا إنما هي لتعيين الولد ، حتى يتم التأكد من أن هذا الولد المراد إثبات نسبه منه هو الذى ولدته وليس غيره ، وهذا يثبت بشهادة المرأة الواحدة التى تأيدت بمؤيد ، وهو ظهور الحمل أو الاعتراف من قبل الزوج([1]) .

- أما عند أبى يوسف ومحمد ، فالنسب يثبت إن لم يكن هناك حمل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج أو تصديق من الورثة بشهادة امرأة واحدة مسلمة حرة عدلة ، استناداً إلى أن الفراش لا يزال قائماً بقيام العدة ، والفراش ملزم للنسب فى العدة ، لأنه ملزم لذلك حال قيام النكاح ، ولأن المدار على الفراش وهو قائم فى الحالتين ، تلزم اتحاد الحكم فيهما .

لذلك فليست هناك حاجة لإثبات النسب ولكن الحاجة لإثبات الولادة وتعيين الولد ... وذلك يثبت بشهادة امرأة واحدة ، وهى القابلة ، كما فى حال قيام النكاح ، أو الحمل الظاهر أو إقرار الزوج .. والجامع فى كل هذه الحالات قيام الفراش([2]) .

([1]) الجوهرة جـ٢ ص١٦٢ - الاختيار جـ٢ ص٢٣٨-٢٣٩ - فتح القدير جـ٣ ص٣٠٧ - الزيلعى على الكنز جـ٣ ص٤٣ .

([2]) الجوهرة جـ٢ ص١٦٢ - الاختيار جـ٢ ص٢٣٨-٢٣٩ - شرح الزيلعى على الكنز وحاشية الشلبى على هذا الشرح جـ٣ ص٤٣-٤٤ .

جاء فى الزيلعى :- « ذكر فى الغاية أنه لا يحتاج لثبوت النسب إلى شهادة القابلة عند اعترافه بالحبل ، وعند ظهور الحبل ، وعند قيام الفراش ، وأنكر على صاحب ملتقى =

= البحار في اشتراطه شهادة القابلة لتعيين الولد عند أبي حنيفة ، وهو سهو ، فإن شهادة القابلة لابد منها لتعيين الولد إجماعاً في هذه الصور كلها ، وإنما الخلاف في ثبوت نفس الولادة بقولها : فعند أبي حنيفة يثبت به في الصور الثلاث ، وعندهما لا يثبت إلا بشهادة القابلة . وأما نسب الولد فلا يثبت بالإجماع إلا بشهادة القابلة ، لاحتمال أن يكون هو غير هذا المعين . وثمرة الخلاف لا تظهر إلا في حق حكم آخر كالطلاق والعتاق ، بأن علقهما بولادتها حتى يقع عند أبي حنيفة بقولها ولدت ، لأنها أمينة ، لاعترافه بالحبل أو لظهوره ، فيقبل قولها . وعندهما لا يقع شيء حتى تشهد قابلة . نص عليه في الإيضاح والنهاية وغيرهما . والظاهر أن صاحب الغاية أخذه من الهداية من قوله : إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بغير شهادة ، وليس معناه كما ذكره هو ، وإنما معناه يثبت بغير شهادة رجلين. ألا ترى إلى ما ذكره في هذه المسألة يفيد هذه الكلمة من قوله : لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها ، أي بشهادة القابلة ، ولولا هذا التأويل لكان متناقضاً . فحاصله أن شهادة النساء لا تكون حجة في تعيين الولد إلا إذا تأيدت بمؤيد ، من ظهور حبل أو اعتراف منه أو فراش قائم . « نص عليه في ملتقى البحار وغيره » - وفتح القدير جـ٣ ص٣٠٦ . (..... وأجمع علماؤنا على أنه يقضي بالنسب بشهادة الواحدة عند قيام النكاح . وحقيقة الحال أنه يثبت تعيين الولد بهذه الشهادة ، والنسب بقيام الفراش) .

- حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٦٢ (لم يذكر ما إذا اعترف بالحبل ، أو كان ظاهراً ، أو كان الفراش قائماً ، هل يحتاج في ثبوت النسب إلى شهادة القابلة لتعيين الولد أم لا ؟ ظاهر كلام المصنف كالكنز والهداية : لا . وبه صرح في البدائع ، وكذا في غاية السروجي ، وأنكر صاحب ملتقى البحار اشتراطه ذلك عند أبي حنيفة ، لكن رده الزيلعي بأنه سهو ، وأنه لا بد منها لتعيين الولد إجماعاً في جميع هذه الصور ، وأطال فيه وجزم به ابن كمال ، ومثله ما في الجوهرة من أنه لا بد من شهادة القابلة لجواز أن تكون ولدت ولداً ميتاً وأرادت إلزامه ولد غيره . ا هـ . وهو صريح كلام الهداية آخراً ! وكذا كلام الكافي النسفي والاختيار والفتح وغيرهم . وذكر في البحر توفيقاً بين القولين : قال في النهر إنه بعيد عن التحقيق ، ورده أيضاً المقدسي في شرحه . والحاصل ، كما في الزيلعي أن شهادة النساء لا تكون حجة في تعيين الولد =

ورد الصاحبان على أبى حنيفة بأن رسول الله ﷺ قال : إن شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه ... وهـذا يتنـاول المـرأة الواحدة كما يتناول الأكثر لأنه جنس(¹) .

وبنفس قول الصاحبين قال الإمام أحمد .

والشافعى يشترط أربع نسوة عدول .

- إلا إذا تأيدت بمؤيد من ظهور حبل أو اعتراف منه أو فراش قائم . نص عليه فى ملتقى البحار وغيره . وإنما الخلاف فى ثبوت نفس الولادة بقولها : فعنده يثبت فـى الصور الثلاث ، وعندهما لا يثبت إلا بشهادة القابلة ، فلو علق الطلاق بولادتها يقـع عنده بقولها ولدت لاعترافه بالحبل أو لظهوره . وعندهما لا يقبل حتى تشهد القابلة ، نص عليه فى الإيضاح والنهاية وغيرهما) .

انظر د. عبد العزيز عامر ص٦٨-٦٩ .

(¹) فتح القدير جـ٣ ص٣٠٧ : والحاصل أن حقيقة محل الخـلاف أن شـهادة المـرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال عادة ، كالولادة وغيرها ، هل تكفـى للإثبـات أو لا بد أن تتأيد بمؤيد ، فالوجه أن يجعل الاستدلال عليه ، ولهما فى قوله ﷺ « شـهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه ، فإنه يتناول الواحدة ، لأنه جـنس ، وأما الوجه الذى ذكره فتمامه بإلغاء الفارق بين المقيس والمقيس عليه من حال قيـام الفراش ، وهو يدفعه بأنه لا يلزم من جوازها مع مؤيد جوازها بدونه ، ويبقى عليـه إطلاق الحديث . والمعروف منه ما رواه ابن أبى شيبة عن الزهرى مرسلاً مـضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن ، من ولادات النساء وعيـوبهن . وتجوز شهادة القابلة وحدها فى الاستهلال ، وامرأتان فيما سوى ذلك . وهـذا حجـة لأنه مرسل . وإنما قلنا إنه مرسل ، لأن قول الراوى : مضت السنة ، إنمـا يكـون حكمه الرفع إذا كان صحابياً ، وهو هنا ليس صحابياً . وحديث الدارقطنى عن محمد بن عبد الملك الواسطى عن الأعمش عن أبى وائل عن حذيفة : أن النبى ﷺ أجـاز شهادة القابلة . وإن كان بين ابن عبد الملك والأعمش رجل مجهول ، وهو أبو عبـد الرحمن المدايني ، فقد تظافرا ، وقوى ما هو حجة به) .

ومالك وابن أبى ليلى يشترطان امرأتان .

- وقد حكم بأن الزوج إذا أقر بالنسب ، ولكنه أنكر التعيين ، بأن قال : ولدت ولكن المولود غير هذا ، ثبت نسبه بشهادة القابلة أو غيرها([1]) .

حكم شهادة الرجل الواحد فى هذه الحالة :

يرى الصاحبان أن شهادة الرجل الواحد فى هذه الحالة جائزة ، ويمكن الإثبات بها ، ولا يفسق بالنظر ، كما لو شهد بالنسب رجلان أو رجل وامرأتان .

وقد ذكر الإمام جواهر زادة أنها لا تقبل فى هذا الموضع([2]) .

([1]) محكمة البلينا الشرعية ٢٩ صفر ١٣٩٣ (٢٤-٢-١٩٤٤) المحاماة الشرعية س١٦ - العددان ٩-١٠ ص٢٣٧ رقم ٨٣ . فى هذه القضية طلبت فرض نفقة لبنتيها صفية وفاطمة وبعد أن قال المدعى عليه إنها ولدت منه مولوداً لا يدرى أذكر هو أم أنثى ، قال إنها حملاً ذكراً قيد باسم محمد ، وإنه لم يره ، ولكنه أخبر بولادته . وتصادقا على أنها وضعت حملها بنفسها ، دون توسط القابلة ، وبالجلسة حضرت وعلى كتفها بنت صغيرة قالت إنها البنت فاطمة ، وهى التى ولدت ، وأحضرت شاهدين على ذلك .

([2]) الجوهرة جـ٢ ص١٦٢ (وأما شهادة الرجل فقد ذكر الإمام جواهر زادة أنها لا تقبل فى هذا الموضع ، وفى الخلاصة يقبل على أصح الأقاويل ، كذا فى المستصفى).

- فتح القدير جـ٢ ص٣٠٦ (وهل يقبل شهادة رجل واحد عندهما ؟ قيل نعم ، ولا يفسق . كما لو شهد رجلان أو رجل وامرأتان . وفى جامع قاضيخان : وعلى هذا الخلاف كل ما لم يطلع عليه الرجال) .

- حاشية ابن عابدين والدر جـ٢ ص٨٦٢ ، وجاء فى الدر « [واكتفيا بالقابلة] . قيل : وبرجل » .

- فى حاشية ابن عابدين : « [قوله قيل وبرجل] ، أى على قولهما ، وعبر عنه بقيل تبعاً للفتح وغيره إشارة إلى ضعفه ، لكن قال فى الجوهرة وفى الخلاصة : يقبل على أصح الأقاويل ، وكذا فى المستصفى . ا . هـ . ولعل وجهه أن شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأتين » .

إثبات نسب ولد المعتدة من وفاة :

يثبت نسب ولد المعتدة من وفاة بتصديق بعض الورثة أو جميعهم .. أى أن يصدقونها فيما قالت ولا يشهدون به ، وهو ثبوت فى حق الإرث ، لأنه خالص حقهم ، فيقبل تصديقهم فيه[1] .

- وقد جاء فى شرح العناية أنه يجب أن يصدقها على الولادة جميع الورثة أو جماعة منهم يقطع الحكم بشهادتهم . كرجلين أو رجل وامرأتين منهم .

- وقد قال سعد جلبى فى حاشيته على هذا الشرح إن الظاهر لا يقيد الورثة بهذا القيد ، فإن كان المصدق رجلا واحدا أو امرأة واحدة ثبت نسبه فى حق الإرث . ولعل المصنف يقصد بالتقييد كون المقربين من الورثة من أهل الشهادة ، وذلك فى ثبوت النسب بالنسبة لغير الورثة[2] .

- وفى الزيلعى على الكنز أن النسب يثبت فى حق الغير هنا استحساناً ، وإن كان القياس يأباه ، لأن فيه حمل النسب على الغير ، وهو

---

(1) الاختيار جـ٢ ص٢٣٩ - فتح القدير جـ٣ ص٣٠٨ - شرح الكنز للزيلعى جـ٣ ص٤٤ .

(2) فتح القدير جـ٣ ص٣٠٧ ومعه شرح العناية وحاشية سعدى جلبى . ويراجع الاختيار جـ٢ ص٢٣٩ (.... وكذا إذا اعترف به الورثة بعد الموت ، وهذا فى الإرث ظاهر ، لأنه حقهم . وأما النسب ، فإن كانوا من أهل الشهادة ثبت بشهادتهم ، ولا يثبت فى حقهم باعترافهم) - وفى حاشية ابن عابدين أن المراد بتصديق الورثة أو بعضهم من لا يتم به نصاب الشهادة ، وهو الواحد العدل أو الأكثر مع عدم العدالة ، وصورة المسألة : لو ادعت معتدة الوفاة الولادة فصدقها الورثة ، ولم يشهد بها أحد ، فهو ابن الميت فى قولهم جميعاً ، لأن الإرث خالص حقهم ، فيقبل تصديقهم فيه .

الميت . ووجه الاستحسان أن الورثة قائمون مقام الميت ، فيقبل قولهم ، لأن ثبوت نسبه باعتبار فراشه في الحقيقة ، والفراش باق بعد الموت لبقاء عـدتها ، فيقبل قولهم(١) .

ويقبل النسب في حق غيرهم أيضاً إذا كانوا من أهل الشهادة ، بـأن كان فيهم رجلان أو رجل وامرأتان عدول ، فيشارك المصدقين والمكذبين ، ويستوى في ذلك أن يكون غير المقر وارثاً أو غير وارث ، ما دام قد اجتمع لمن أقر نصاب الشهادة .

كما يشترط عند البعض لفظ الشهادة في مجلس الحكم من الورثـة ، لأن النسب لا يثبت في حق الكل إلا به ، والصحيح أنه لا يشترط ذلك ، يدل عليه التعبير في هذا المقام بلفظ التصديق دون لفظ الشهادة ، ولشبهة الإقـرار ، ولأن الثبوت في حق غير المصدقين تبع للثبوت في حقهم لإقرارهم ، والتبع يراعي فيه شرائط المتبوع لا شرائط نفسه . وإنما شرط العدد في المقـرين نظراً لشبهة الشهادة(٢) .

---

(١) الزيلعي على الكنز وحاشية الشلبي عليه جـ٣ ص٤٤ .

(٢) الاختيار جـ٢ ص٢٣٩ – فتح القدير جـ٣ ص٣٠٧ – الزيلعي على الكنز وحاشية الشلبي عليه جـ٣ ص٤٤ – حاشية ابن عابدين جت٢ ص٨٦٣ .

وقد جاء في الدر المختار على هامشه : (وهل يشترط لفظ الشهادة ومجلس الحكـم ؟ الأصح لا ، نظراً لشبهة الإقرار ، وشرطوا العدد نظـراً لـشبهة الـشهادة . ونقـل المصنف عن الزيلعي ما يفيد اشتراط العدالة ، ثم قال : فقول شيخنا : وينبغـى أن لا يشترط العدالة مما ينبغي . قلت : وفيه أنه كيف تشترط العدالة في المقر ، اللهـم إلا أن يقال لأجل السراية) .

- ولفظ الشهادة ليس بشرط حينما يكون المقرون كلهم من الورثة ، لأنه لا يشترط في تمام نصاب الشهادة أن يكون كلهم ورثة ... فقد يقر وارث واحد ، أو وارث واحد ووارثه واحدة ، أو يقر أكثر من ذلك ... ليس فيهم نصاب الشهادة لفقدان شروطها في البعض ... وعلى ذلك لو كان أحد الشاهدين مثلا أجنبياً ، ليس وارثاً ، فلابد بالنسبة له من توافر شروط الشهادة في مجلس الحكم والخصومة ولفظ الشهادة ، لأنه هنا شاهد محض وليس مقراً([1]) .

- وقد حكم بأنه يحتاط في إثبات النسب ، ومن ذلك أن الإقرار به يتعدى إلى غير المقر فيما إذا صدق معتدة الوفاة في الولادة من الورثة رجلان أو رجل وامرأتان ، فإن الحكم بثبوت النسب يجب حتى شارك الولد المصدقين والمكذبين ، وهذا استثناء من القاعدة العامة في الإقرار ، وهي أن الإقرار حجة على المقر فقط دون غيره . وأن شهادة القابلة وحدها على الولادة كافية في إثبات نسب الولد ، لأن الولادة مما لا يطلع عليه إلا النساء ، والنسب مما يحتاط في ثبوته ما أمكن . والدعوى دعوى ميراث بسبب النسب ، والورثة متعددون ، فلا بد من دليل شرعي على الدعوى ، حتى يكون الحكم متعدياً إلى غير المدعى عليه ، وتكفي في ذلك شهادة القابلة على الولادة ، كما هو مذهب الصاحبين ، ورجحه في الفتاوى المهدية ، لأن الرجال لا يحضرون الولادة ولا يطلعون عليها . قال ﷺ (شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه) . ولأن الفراش قائم بقيام العدة ، وهو ملزم للنسب فيما تأتي به . والحاجة ماسة لتعيين الولد ، فيتعين بشهادتها ، كما في حال قيام النكاح . وقد أقيم النساء مقام الرجال فيما لا يطلع عليه إلا النساء

([1]) حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٦٣ .

كالولادة والبكارة للضرورة([1]) .

وقد جاء فى الحكم المذكور أن شهادة الميلاد قرينة على ثبوت النسب إذا لم يطعن عليها بالتزوير مع التمكن من الطعن . ومن ناحية أخرى قرار المجلس الحسبى بتعيين الوصى وأحكام المحاكم الأصلية بثبوت حق الولد فى تركة المتوفى لا تصلح دليلاً على ثبوت النسب ، لصدورها من جهات غير مختصة([2]) .

([1]) محكمة أسيوط الإبتدائية الشرعية ٣ ربيع الأول سنة ١٣٥٢ (٢٩-٦-١٩٣٣) وقد تأيد استئنافياً من المحكمة العليا فى ١٩٣٣/١١/١٤ . المحاماة الشرعية س٥ العددان ٥ ، ٦ ص٥١٠ رقم ز١٣٨ وهذا الحكم وإن فهم من أسبابه أنه قال لقول الصاحبين ، إلا أنه يستفاد منه عموماً أنه لم يخرج عن قول أبى حنيفة ، لوجود إقرار رسمى بالولادة ، ولشهادة الشهود أن المدعى عليها كان حبلها ظاهراً وهى فى عدة الوفاة .

([2]) الحكم السابق .

الفصل الثالث

النسب من زواج غير صحيح

أو دخول بشبهة

الفرع الأول

النسب من زواج غير صحيح

النكاح الفاسد :

الذى فقد شرطاً من شروط الصحة كالنكاح بلا شهود ... أو تزوج الأختين معاً ... أو نكاح الأخت فى عدة الأخت ... أو نكاح المعتدة ... والخامسة فى عدة الرابعة .

- قال ابن رشد إن الأنكحة الفاسدة بمفهوم الشرع تفسد بإسقاط شرط من شروط صحة النكاح ... أو لتغيير حكم واجب بالشرع - مما هو عن الله عز وجل وإما بزيادة تعود إلى إبطال شرط من شروط الصحة(1).

---

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ٢ ص٥٠-٥٢ .

وعند ابن رشد أيضاً أن الأنكحة الفاسدة التى ورد فيها النص صريحاً كنكاح الشغار ونكاح المتعة والخطبة على الخطبة ونكاح المحلل .

تجدر الإشارة هنا إلى أن نكاح الشغار فاسد عند الجمهور ما عدا الحنفية ، والنكاح فى الخطبة على الخطبة فاسد على قول فى مذهب مالك ، ونكاح المحلل فاسد عند بعض المالكية وبعض الحنابلة .

- المغنى جـ١٠ ص١٥٥ .

- وقد حكم أن تزويج الحامل من الغير من قبيل النكاح الفاسد(1) .

- وقد نقل ابن عابدين عن الفتح أنه لا فرق بين الباطل والفاسد في النكاح .. وفي البزازية قولين : نكاح المحارم باطل أو فاسد ، والظاهر أن المراد بالباطل ما وجوده كعدمه ، ولذلك لا يثبت النسب ولا العدة في نكاح المحارم .

وفسر القهستاني الفاسد هنا بالباطل .. كنكاح المحارم ، أو بإكراه من جهتها ، أو بغير شهود(2) .

النسب في النكاح الفاسد :

يثبت النسب في هذا النكاح احتياطاً .. إحياء للولد .

ويعتبر بدء المدة التي يثبت فيها ، وهي ستة أشهر فأكثر من الوطء إذا لم تقع فرقة ... وعلى ذلك لو كانت المدة من الوطء إلى الوضع أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر فأكثر ، يثبت النسب ، أما لو ولد لأقل من ستة أشهر فلا يثبت نسبه .. وهذا هو قول محمد ، وعليه الفتوى .

---

(1) محكمة الضواحي الجزئية الشرعية ٦ جمادى الثاني سنة ١٣٥٧ (٢-٨-١٩٣٨) وقد تأيد في الاستئناف . المحاماة الشرعية س١٠ العدد ٣ ص٢٦٠ رقم ٦٨ .

(2) التنوير والدر وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٤٨٤ وفيه أيضاً قول القهستاني إنه لا عدة في نكاح باطل . وذكر في البحر عن المجتبى أن كل نكاح اختلف العلماء في جوازه كالنكاح بلا شهود فالدخول فيه موجب للعدة . أما نكاح زوجة الغير ومعتدته فالدخول فيه لا يوجب العدة إن علم أنها للغير ، لأنه لم يقل أحد بجوازه ، فلم ينعقد أصلاً . فعلى هذا يفرق بين فاسده وباطله في العدة ، ولهذا يجد الحد مع العلم بالحرمة ، لأنه زنى .
(انظر د. عبد العزيز عامر ص٧٥) .

قول أبو حنيفة وأبو يوسف : ابتداء المدة من وقت العقد كما فى حالة النكاح الصحيح ، ورجحه فى النهر بأنه أحوط ، ولكن جاء فى حاشية ابن عابدين إن ترجيح النهر له لا يعارض قول صاحب الهداية وغيره بأن الفتوى على قول محمد([1]) . وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا أتت به لستة أشهر من وقت العقد ، لكن لأقل من ذلك من وقت الدخول .

فعلى قول محمد المفتى به .. لا يثبت النسب لأن العبرة بالدخول فى النكاح الفاسد ، وليس بمجرد العقد ، وعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف يثبت النسب ، لأن المناط عندهما تاريخ العقد وليس تاريخ الدخول([2]) .

([1]) وقد رجح الدكتور محمد يوسف موسى رأى أبى حنيفة وأبى يوسف فقال : إن رأى محمد أساسه أن العقد فى الزواج الفاسد ليس بداع للدخول ، فلا قيام مقامه ، والعقد فى الزواج الصحيح إنما أقيم مقام الدخول لأنه داع إليه وإنه بهذا الفارق قال أصحاب هذا الرأى بفساد القياس الذى استند إليه الشيخان .
ولكن رد على ذلك بأنه يمنع أن يكون الزواج الفاسد غير داع للدخول ، لأن أكثر صور الزواج الفاسد لا يكون سبب الفساد معلوماً للزوجين عند العقد ، كما لو تزوج المحرمة عليه من الرضاع وهو لا يعلم بسبب التحريم ، فالعقد فى هذه الصور قبل العلم بسبب التحريم داع إلى الدخول وفى الصور التى يكون الزوج فيها عالماً بسبب الفساد لا يقوم عليه إلا لرغبة فى الدخول . وبهذا ينتفى الفارق بين العقد الصحيح والعقد الفاسد ، ويصح القياس الذى استند عليه الشيخان .
وقال : إن كون الفتوى على رأى محمد غير ملزم ، لأن الذى ينبغى أن يفتى به يتغير باختلاف الزمان . على أن ابن عابدين نقل فى حاشيته عن البحر عن صاحب النهر ترجيح راى الشيخين وأورد عبارته ونصها « ولا يخفى أن النسب حيث كان يحتاط فى إثباته ، فالاعتبار بوقت العقد أمس » .
الهداية جـ١ ص١٥٣ – البحر الرائق لابن نجيم جـ٣ ص١٧١ .
(انظر د. عبد العزيز عامر ص٧٦) .

([2]) تنوير الأبصار وشارحه وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٤٨٤ – الجوهرة المنيرة جـ٢ ص٨٧ – ٧٢ – ٧٣ .

وقال ابن عابدين إنه ذكر في الفتح أنه يعتبر ابتداء المدة من وقت التفريق إذا وقعت فرقة ، وإلا من وقت النكاح أو الدخول ، على الخلاف المار .

واعترضه في البحر بأنه يقتضي أنها لو ولدته بعد التفريق لأكثر من ستة أشهر من وقت العقد أو الدخول ، ولأقل منها من وقت الفرقة ، لا يثبت النسب ، مع أنه يثبت ... وأجاب في النهر بأن اعتبار ابتداء المدة من وقت النكاح أو الدخول معناه نفي الأقل .. فلو ولدته لأقل من أقل مدة الحمل من وقت النكاح أو الدخول لا يثبت نسبه ... وأن اعتبارها من وقت التفريق معناه نفي الأكثر ، حتى لو جاءت به لأكثر من سنتين من وقت التفريق لا يثبت النسب .. وفعل ذلك في شرح المقدسي .

ثم قال :- فالحاصل أنه قبل التفريق يثبت النسب لو جاء به بعد العقد أو الدخول لأكثر من سنتين كما مر ، أما بعد التفريق فلا يثبت إلا إذا كان لأقل من سنتين من وقت التفريق ، بشرط أن لا يكون بين الولادة والعقد أو الدخول أقل من ستة أشهر[1] .

فبناء على ذلك .. يثبت النسب في الفرض الذي اعترض به في البحر ، فلو أتت به بعد التفريق لأكثر من ستة أشهر من وقت العقد أو

---

[1] تنوير الأبصار وشارحه وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٤٨٤ - شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد زيد الإبياني بك جـ٢ ص١٤-١٥ وقد جاء به أنه إذا أراد الزوج نفي الولد الذي نسب إليه فلا يتأتى له نفيه عند الحنفية ، لأن هذا النفي لا يتأتى إلا باللعان ، وهو غير ممكن ، لأن العقد فاسد ، ومن شروط اللعان أن يكون العقد صحيحاً .

معنى ذلك أن النكاح الفاسد في هذه المسألة أقوى من الصحيح .

الدخول ولأقل منها من وقت التفريق ، يثبت النسب ، لأنه لم تمض بعد التفريق أكثر مدة الحمل وهى السنتان ، فى حين أنه مضى على العقد أو الدخول أقل مدة الحمل فيكون العلوق من الزوج فى النكاح الفاسد ، ويثبت النسب .

تلخيصاً للأمر يمكن القول بأنه يفرق فى النكاح الفاسد بين

أن تكون المعاشرة قائمة

يثبت النسب لو أتت به لستة أشهر فأكثر من وقت الدخول بها ..

ويثبت نسب كل ولد تأتى به بعد هذه المدة مادام يعاشرها معاشرة الأزواج ... وذلك على الراجح بالنسبة لاعتبار وقت الدخول لا وقت العقد عليها .

أما لو أتت به لأقل من ستة أشهر من وقت الدخول فلا يثبت النسب ، وأساس ما تقدم أنه فى الحالة الأولى أتت به فى مدة تحتمله من حيث الدخول بها .. وأن الفراش فى النكاح الفاسد يثبت من وقت الدخول ، وفى الحالة الثانية لا يثبت لأن العلوق حصل قبل الدخول فلا

يكون قد حصل بينهما تفريق القاضى

يثبت النسب لمن تأتى به لأقل من سنتين من وقت الفرقة ، بشرط أن يكون لستة أشهر أو أكثر من وقت الدخول ، ولا يثبت إن ولدته لأكثر من سنتين من حين الفرقة .

وأساس الثبوت أنه لم يتيقن بحصول العلوق بعد التفرقة ، فالمدة تحتمل حصوله قبل الفرقة ، لأن أكثر مدة الحمل سنتان فيثبت احتياطاً لمصلحة الولد .

وأساس عدم الثبوت أنه أصبح متيقناً أن العلوق حصل بعد الفرقة ، لأنه أتى لأكثر من أكثر مدة الحمل ، من تاريخ الفرقة فلا يكون منه(1) .

---

(1) المغنى لابن قدامه (وفيه أن النكاح الفاسد يلحق به النسب ، سواء اعتقد الناكح حله أو اعتقد حرمته . وبه كذلك أن الأنكحة الباطلة ، كنكاح المرأة المتزوجة أو المعتدة أو شبهه ، إذا علما بالحل والتحريم فهما زانيان ، وعليهما الحد ، ولا يلحق النسب فيه . =

يثبت النسب إلا لو ادعاه ولم يقل إنه من زنى فيثبت حينئذ النسب ليس على أنه ثابت بفراش فى نكاح فاسد بل بالدعوة ، ويحمل على أن المرأة حملت فيه منه بعقد سابق أو وطء بشبهة .

– وقد حكم بأنه يثبت النسب من النكاح الفاسد .. وإذا اختلفا فالقول قول الأم .. وإذا تعارضا فى أدلتهما يقدم الإثبات الدال على النسب ، وتكفى فيه الشهرة .

– وقد فصل المغنى فى جـ٩ ص١٢٦ القول فقال (إذا تزوج معتدة فإن كانا عالمين بالعدة وبتحريم النكاح فيها ووطئها فهما زانيان ، ولا يلحقه النسب . وإن كانا جاهلين بالعدة أو بالتحريم ثبت النسب ، وإن علم هو دونها لا نسب له ، وإن علمت هى دونه فالنسب لاحق به . وقال : إن ذلك مرده أن هذا النكاح متفق على بطلانه ، فأشبه نكاح ذوات المحارم .

– ومن كتب الشيعة : البحر الزخار جـ٣ ص١٤٢-١٤٣ والذى يؤخذ منه أنهم يسوون بين النكاح الفاسد والنكاح الصحيح من حيث ثبوت الفراش الموجب للنسب به ، فهم يشترطون لثبوت الفراش الموجب للنسب أن يكون هناك عقد حتى يتميز الفعل عن الزنى ، وأن يكون الوطء ممكناً ، وأن تنقضى أقل مدة الحمل ، وأن يكون الطرفان بالغين بمعنى أن الولد لا يلحق بابن تسع اتفاقا ، إذ لم يعتد ولد لمثله ، ويلحق بابن عشر اتفاقا ، إذ قد يمنى مثله ولو نادراً ، إذ القصد الإمكان ، وفى ابن التسع تردد ، وعلى ذلك فهم فى النكاح الفاسد لا يشترطون الدخول بل يكفى عندهم إمكان الوطء ، فهم يتفقون مع أبى حنيفة فى اشتراط العقد ويزيدون عليه إمكان الوطء ، ولا يذهبون إلى اشتراط الدخول كما يقول محمد وآخرون فى العقد الفاسد ولكنهم فى الباطل يشترطون لثبوت النسب تصادق الطرفين على حصول وطء ، وبمعنى آخر يشترطون تحقق الوطء فى الباطل ، وأساس ذلك عندهم أنه لا حكم للعقد لأنه باطل .

ومما جاء في الحكم أن الإثبات تضمن المعاشرة الزوجية بعد سنة ١٩٣١ وبنوة الولد للخصمين ، وأن ذلك ثابت بالشهرة العامة ، والشهادة بالشهرة جائزة في النسب ، وقد أطلق الشهود وقالوا إن هذا ابن الخصمين ، ولا مانع من ذلك ، وإن كان الشاهد لم يعاين الوضع ، كما يشهد بأن عمر بن الخطاب وهو لم يشاهد ذلك ، فقد نقل في الفتح عن صاحب العمادية أن الشاهد لو قال في شهادته على النسب والنكاح : أخبرنا بذلك من نثق ، تقبل الشهادة ، وقيل هذا هو الأصح ، واختاره الخصاف وجاء في الحكم أيضاً أن فاسد النكاح لا يوجب النفقة ، ولكن يثبت نسب الولد ، لأن الفساد ينفي حل الوطء لا ثبوت النسب ، كما نص على ذلك في الجزء الأول من جامع الفصولين ، ص١٨٦ ، وقد نص في البزازية على أن النكاح الفاسد يثبت به النسب(١) . وبأن الشريعة الإسلامية توجب الاحتياط في الأنساب ، وتثبت النسب وتورث به في النكاح ولو كان فاسداً ، والوطء بشبهة(٢) .

---

(١) أسيوط الإبتدائية الشرعية ، ١٥ جمادى الأخر سنة ١٣٥٥ (٢-٩-١٩٣٦) المحاماة الشرعية ، س٨ ، الأعداد ١-٣ ، ص١٨٧ ، رقم ٦١ .

(٢) مصر الإبتدائية الشرعية ، ٣ محرم سنة ١٣٦١ (٢٠-١-١٩٤٢) .. وقد تأيد هذا الحكم في الاستئناف ، المحاماة الشرعية ، س١٥ ، الأعداد ١-٣ ، ص٤٩ ، رقم ٣ .

الفرع الثانى

النسب فى الوطء بشبهة

سوف أتناول فى هذا الفرع إن شاء الله تعريف الشبهة ، وأقسامها ، وما يثبت فيه النسب منها ، وما لا يثبت .

المبحث الأول

تعريف الشبهة وأقسامها

الشبهة :

تعرف الشبهة بأنها ما يشبه الثابت وليس بثابت ، أو هى وجود المبيح صورة ، مع عدم حكمه أو حقيقته .

أقسام الشبهة : قسم الإمام أبو حنيفة الشبهة إلى ثلاثة أقسام وهى :-

١- شبهة الفعل . ٢- شبهة الملك . ٣- شبهة العقد .

١- شبهة الفعل : وتسمى شبهة اشتباه ، وشبهة مشابهة ، أى شبهة فى حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه . فيها يعتقد الشخص حل الفعل ويظن أن الحرام حلال ، من غير دليل ، قوى أو ضعيف ، أو خبر من الناس .

وسميت بشبهة الفعل لأنها صحبت الفعل نفسه ، وليس فى المحل ، حيث لا شبهة فى تحريمه ، ولكن الفاعل قام فى ذهنه الظن بسبب جهله بالشرع ، كأن يأتى الزوج زوجته التى طلقها ثلاثاً فى العدة ، أو التى أبانها على مال ، ... فإنه وإن كانت الحرمة ثابتة بالإجماع ، لأن حرمتهن مقطوع

بها ، فالملك والحق غير ثابت فى حقهن ، إلا إن فيهن بعض الأحكام بالرغم من ذلك كالنفقة والسكنى والمنع من الخروج وحرمة أختها أو أربع سواها ، وعدم قبول شهادة كل منهما لصاحبه .. فحصل بذلك الاشتباه الـذى أورث شبهة ، إن ظن حل الفعل لأنه فى موضع الاشتباه فيعذر .

فشرط تحقق شبهة الفعل أن يظن الفاعل الحل ، فيعذر ويرفع عنـه الحد ، لأنه فى موضع الاشتباه لمعنى راجع إليه ، وهو الظن ، مع أن الفعل فى حقيقته زنى .

٢- **شبهة المحل** : وتسمى كذلك شبهة حكمية ، وشبهة ملك ، فهى تقوم لو وجد دليل شرعى يفيد حل الفعل المرتكب مع دليـل آخـر بجانبـه يرجحه يحرم الفعل نفسه .. فيكون الفعل محرماً حقيقة ، غيـر أن الـدليل الأخر يورث شبهة فى حكم الشرع فيما يتعلق بهذا التحريم .

مثال ذلك : جريمة القذف مثلاً ... أن يكون القاذف هو أب المقذوف .. فهنا الجريمة تمت بأركانها مما يقتضى تطبيق الحد أخذاً بالنصوص التى تحرم القذف وتوجب عقوبته .. ولكن يوجد دليل آخر يفيد تحريم إقامة الحد علـى الوالد .. وهو قول الله عز وجل ﴿ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ والمطالبـة بالحـد تتنافى مع الإحسان للوالدين ، وكذلك قوله عز وجل ﴿ فَلَا تَقُلْ لَهُمَـا أُفٍّ ﴾ حيث أن النهى عن التأفف يفيد النهى عن الضرب دلالة .

وكذلك فى السرقة .. لو كان السارق والد المسروق فلا تقطع يـده لوجود دليل يعارض دليل التحريم مهما كانت قوته وهو الحـديث الـشريف « أنت ومالك لأبيك » ، حيث يستفاد منه نوع ملكية للأب فى مال ابنه .

وفى جريمة الزنا ... لو وطأ الرجل زوجته المطلقة بائنـاً بالكنايـات .. وأساس هذه الشبهة قول سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه « الكنايات رواجع ».

ففى الأمثال السابقة وأمثالها توجد شبهة حكم الشرع بحل المحـــل .. حيث للجانى فى المحل ملكاً أو شبهة ملك .

وهنا لا يشترط ظن حل الفعل ، كما فى شبهة الفعل .. حتـــى لـــو أقـــر الجانى أنه أتى من هى محرمة عليه .. لأن هذا الإقرار لا يرفع عن الفعل شـــبهة فى الملك .. فلا يجب الحد على الفاعل حتى لو قال علمت أنها على حرام.

٣- **شبهة العقد** : يقول بها الإمام أبو حنيفة وزفر .. وعندهما تعنى أن صورة العقد تكفى لإيجاد الشبهة بالنسبة للوطء الحاصل فى زواج من هذا القبيل .

فما دام العقد قد حصل بإيجاب وقبول ممن هم أهلاً له .. فالـــدخول فى مثل هذا الزواج دخول بشبهة .. يُدرء معه الحد .

كأن يتزوج الشخص أمه أو أخته ويدخل بها .. أو خامـــسة وفـــى عصمته أربع ... أو مجوسية أو مشركة .. أو أن يتزوج الشخص زوجـــة غيره أو معتدته ويطأها ..

سبب هذه الشبهة .. وجود العقد صورة .. فيدرء الحد عن الفاعل ، حتى لو كان عالماً بالتحريم ، مع أن هذا النوع من الـــزواج مجمـــع علـــى تحريمه ومرد ذلك أن العقد سبب إباحة المعقود عليها .. فلـــو وجـــد العقـــد صورة – ولكنه كان باطلاً ، فقد توافرت به صورة المبيح ، وإذ لـــم يثبـــت حكمه .. وهو الإباحة وذلك لبطلانه .. فصورته على ذلك باقيـــة .. وهـــى تكفى لدرء الحد عن الفاعل ، لأن الحد يندرىء بالشبهات .

وهذه الشبهة عند أبى حنيفة وزفر ووافقهما الثورى ولكنه يبالغ فـــى تعزيره لجسامة الجرم .

وعدم الحد عندهما أن الوطء فى تلك الحالات تمكنت الشبهة منه .. فلم يوجب الحد .. ويستوى أن تكون الحرمة بسبب النسب أو الرضاع أو المصاهرة.

- واختلف الصاحبان مع أبى حنيفة فى ذلك ، فعندهما الحد لا يندرىء إلا لو كان الجانى غير عالم بالتحريم ، لوجود شبهة المحل .

أما لو كان عالماً بالتحريم فيحد للزنى .. لأن عندهما صورة العقد لا تكفى لقيام الشبهة .

عند مالك : من ينكح أحد محارمه كأمه أو أخته أو ذات رحم محرم منه ويطأها .. يحد حد الزنى .. مادام أنه عامد عالم بالتحريم .

عند الشافعى : من ينكح أحد محارمه بعقد زواج يحد حد الزنى ولا يكون العقد مع تحريمها بالنص شبهة تدرأ الحد عنه .

عند الحنابلة : زواج ذات المحرم باطل .. ووطئها فى مثل تلك الحال يستوجب إقامة حد الزنى .

ونقل ابن قدامة فى المغنى أن هذا رأى أغلب العلماء .. منهم الحسن وجابر بن زيد ومالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد وإسحق وأبو أيوب وابن أبى خيثمة .. وحجتهم أن الفعل حصل فى محل مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك ، فهو زنى .. ويحد الفاعل بحد الزنى إذا كان من أهل الحد وكان عالماً بالتحريم .. مثلما لم يوجد عقد زواج ، فضلاً عن أن صورة المبيح تكون شبهة لو كانت صحيحة ، والعقد فى هذه الحالة باطل محرم .. وفعله جريمة ، تقتضى العقوبة ، فلم تكن شبهة(١) .

---

(١) التعزير فى الشريعة الإسلامية د. عبد العزيز عامر ص٣١ ، ص١٤٥ – ١٤٩ . يراجع فى الشبهات .. المبسوط للسرخسى جـ٩ ص٨٥ وما بعدها .. ص١٥١ وما بعدها. =

المبحث الثانى

حكم النسب عند الوطء بشبهة

يختلف الحكم باختلاف الشبهة كما سيتم توضيحه إن شاء الله تعالى ...

١- **شبهة الفعل** : النسب لا يثبت للولد الحاصل من وطء فيها .. فى أى حالة حتى لو ادعى الولد .. لأن النسب لكى يثبت فلابد أن يكون هناك ملك أو حق فى المحل .. فالنسب لا يثبت إلا بالفراش .. والفراش أو شبهة الفراش توجد بأحدهما .. ولم يتحقق واحد منهما فى الوطء بشبهة الفعل .. فالفعل زنى يستوجب الحد على الفاعل ، إن لم يدع ظن الحل ، ولا يثبت نسب فى هذه الحالة .

ولكن لو ادعى ظن الحل ، يسقط الحد للشبهة التى قامت فى ذهن الفاعل .. مع أن الفعل فى حقيقته زنى ، وهذا المعنى فى الفعل هو الأساس فى أن النسب لا يثبت فى هذه الحالة .. فلا يثبت نسب سواء قال انه ظن حل الفعل أو قال إنه علم بالحرمة .. لأن هذا الأمر متعلق بالفاعل نفسه ، فالفعل

- البدائع للكاسانى جـ٧ ص٣٥ وما بعدها – ص٢٣٥ – شرح الكنز للعينى جـ١ ص٢٢٥-٢٢٦ – اللباب الميدانى جـ٣ ص٥٩ – الجوهرة النيرة جـ٢ ص٢٤٣ وما بعدها – تبيين الحقائق شرح الكنز للزيلعى جـ٣ ص١٧٩-١٨٠ – واقعات المفتين ص٩١ – المدونة الكبر جـ١٦ ص٢ ، ٩ – الأحكام السلطانية للماوردى ص٢١٣-٢١٤ – المغنى لابن قدامة جـ١٠ ص١٥٢-١٥٤ – الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ص١٤٤ وما بعدها – التشريع الجنائى الإسلامى لعبد القادر عودة جـ١ ص٢٠٧ .
(انظر د. عبد العزيز عامر ص٨٥) .

فى ذاته لا شك أنه زنى ، والزنى يستتبع عدم ثبوت النسب([1]) .

وقد قال بعض الفقهاء اعتراضاً فى شبهة الفعل .. أن من زفت لـه غير امرأته .. وقيل له أن هذه امرأتك فوطئها .. إن هذه من شبهة الفعل .. وذلك بناء على عدم الملك أو شبهته .. فهى ليست زوجة ، وهى أجنبية عنه .. ومع أن هذه عندهم شبهة فى الفعل فإن النسب يثبت للولد الحاصل من وطء فيها ، ولا يجب الحد على الفاعل .. لأنه اعتد دليلاً شرعياً فى موضع الاشتباه ، وهذا الدليل الشرعى هو الإخبار .. أما إن الوضع موضع اشتباه فسببه أن الإنسان قد لا يميز بين امرأته وغيرها فى أول وهلة .. وأما اعتماد الأخبار ، فإنه لا دليل له يقف عليه سواه ، كما أن خبر الواحد مقبول فى أمور الدين والمعاملات ... ولذلك يثبت النسب فى هذا الفرض ، وإن كانت الشبهة شبهة فعل .. حيث الظن قام فى ذهنه بأنها زوجته ، وذلك خلافاً للحقيقة([2]) .

وقد نقل الشلبى فى حاشيته على شرح الكنز عن الكمال أن الأوجه أن هذه الشبهة شبة دليل ، لأن قول النساء أنها زوجتك تعد دليل شرعى مبيح للوطء ، لأن قول الواحد مقبول فى المعاملات ، وهذا الدليل وإن كان غير صحيح ، إلا أنه يوجد شبهة تدرء الحد ، ويثبت بها النسب ، وعلى الموطوءة العدة([3]) .

([1]) شرح الكنز للزيلعى وحاشية الشلبى على هذا الشرح جـ٣ ص١٧٨ – الجوهرة النيرة جـ٢ ص٢٤٤ – شرح الكنز العينى جـ١ ص٢٢٥-٢٢٦ – الاختيار جـ٢ ص٤٦ .
ملحوظة : الشبهة هنا لو ثبتت فى أحد الجانبين تثبت فى حق الآخر ضرورة ، لأنها ثابتة بالنسبة إلى الفعل .. وهو لا يتجزأ .

([2]) الزيلعى على الكنز وحاشية الشلبى عليه جـ٣ ص١٧٩ ، الجوهرة النيرة جـ٢ ص٢٤٥.

([3]) حاشية الشلبى على الزيلعى جـ٣ ص١٧٩ .

معنى ذلك أن هذه الشبهة لا تدخل فى نطاق شبهة الفعل ، لأنها شبهة دليل .. وشبهة الفعل فيها أن الجانى يعتقد حل الفعل ، ويظن فى نفسه أن الحرام حلال ، من غير دليل قوى أو ضعيف .. أوخبر من الناس ..

معنى ذلك أنه يخرج من شبهة الفعل الشبهة القائمة على إخبار الناس فى مثل من زفت إليه غير زوجته وقيل له أنها زوجتك .

وعلى ذلك تسلم شبهة الفعل من الاشتباه ، وتكون فى كل حالاتها غير مثبتة للنسب .

- وقد جاء فى المغنى أنه لو تزوج رجلان أختين .. وغلطا بهما عند الدخول ، فزفت كل واحد منهما لزوج الأخرى ، فوطئها ، فحملت منه ، يلحق الولد بالواطىء ، لأنه يعتقد حل الوطء ، فيلحق به النسب ، كالوطء فى النكاح الفاسد .

وأبا بكر قال : إن الولد لا يكون للواطئ .. بل للزوج .. وإن هذا هو الذى يقتضيه مذهب أبى حنيفة ... لأن الولد للفراش .

وللحنابلة غير أبى بكر أن الواطئ انفرد بوطئها فيما يلحق به النسب ، فلحق به ، كما لو كانت بلا زوج .. والخبر مخصوص بهذا ، فيقاس عليه ما كان فى معناه([1]) .

وجاء فى المغنى أيضاً أن الزوج لو وطىء امرأة لا زوج لها بشبهة فأتت بولد لحقه نسبه .

وقد قال القاضى : وجدت بخط أبى بكر أنه لا يلحق به ، لأن النسب

([1]) المغنى لابن قدامة جـ٩ ص٥٧-٥٨ .

لا يلحق إلا فى نكاح صحيح أو فاسد أو ملك أو شبهة ملك ، ولم يوجد شيء من ذلك .. ولأنه وطء لا يستند إلى عقد .. فلم يلحق الولد فيه بالواطيء كالزنى . والصحيح فى المذهب الأول .

ونقل صاحب المغنى قول أحمد : كل من درأت عند الحد ألحقت به الولد ، ولأنه وطيء اعتقد الواطيء حله فلحق به النسب ، كالوطء فى النكاح الفاسد . وأنه يفارق وطء الزنى ، فإنه لا يعتقد الحل فيه([1]) .

٢- شبهة المحل : يثبت النسب للولد الحاصل فى الوطء بناء عليها إن ادعاه الواطيء .. لأن الفعل ليس زنى لوجود شبهة المحل .. وثبوت النسب هنا لأن النسب يحتاط فى إثباته .. فيكون مع هذه الشبهة التى لا تقوم على ظن الفاعل ، بل على أن الفعل فى ذاته حلال لدليل شرعى قد يفيد الحل .

ولذلك جاء فى الجوهرة أن كل موضع فيه شبهة الفعل لا يثبت نسب الولد من الواطء وإن ادعاه وفى كل موضع كانت الشبهة فى المحل يثبت النسب منه إذا ادعاه([2]) .

٣- شبهة العقد .. فيها يسقط الحد من الفاعل .. حتى لو قال علمت أنها على حرام ، ويثبت النسب ، لأن الوطء تعلقت به شبهة .

- أما عند أبى يوسف ومحمد فيلزم الحد ، ولا يثبت النسب لو كان يعلم بالحرمة ، لأن الفعل زنى .. والزنى يستوجب الحد ، ولا يثبت به نسب .

([1]) المغنى جـ٩ ص٥٧ .

([2]) شرح الكنز للزيلعى وحاشية الشلبى على هذا الشرح جـ٣ ص١٧٨ - الجوهرة النيرة جـ٢ ص٤١٤ - المغنى لابن قدامة جـ٩ ص٥٧ وفيه أن النسب يثبت فى الوطء بشبهة الملك .

وهذا رأى بقية الأئمة ، لأنهم يعتبرون الفعل زنى .

أما لو كان غير عالماً بالحرمة ، يسقط الحد ويثبت النسب[1] .

- وقد حكم بأن الشبهة فى العقد يثبت بها النسب ويسقط الحد . فلو عقد على مطلقته طلاقاً مكملاً للثلاث قبل أن تنكح زوجاً غيره . ودخل بها وأتت منه بولد ثبت نسبه منه . وقد ثبت فى هذه الدعوى أن المدعية مطلقة من المدعى عليه طلاقاً مكملاً للثلاث فى ٢ أكتوبر سنة ١٩٤٤ ، وانقضت عدتها منه ولم تتزوج غيره ، وأنها بعد ذلك تزوجت منه بعقد شرعي وعاشرها معاشرة الأزواج ، ونتج الولد من هذه المعاشرة ، وقد أورد الحكم نصوصاً تفيد وجود شبهة العقد ، وانتهى إلى أن هذا النكاح فاسد يثبت به النسب ، ويسقط الحد[2] .

(1) الجوهرة المنيرة جـ٢ ص٢٤٥ - شرح الزيلعى على الكنز وحاشية الشلبى على هذا الشرح جـ٣ ص١٧٩-١٨٠ - الاختيار جـ٣ ص٤٧ - المغنى جـ٩ ص٥٧ وفيه عن أبى بكر أن الوطء المستند إلى عقد يلحق به النسب ، وفيه كذلك عن أحمد أن كل من درىء عنه الحد ألحق به الولد .

(2) محكمة اللبان الشرعية ٧ جمادى الآخرة سنة ١٣٦٦ (٧-٥-١٩٤٧) - المحاماة الشرعية ، س٢٢ ، العددان ١ ، ٢ ص٨٤ - رقم ٢٦ - وتأيد الحكم فى ١٩٤٧/١٢/٧ فى القضية رقم ٨٤٧ سنة ١٩٤٧ استئناف .

الفصل الرابع

الإقرار بالنسب والتبنى

الفرع الأول

الإقرار بالنسب

ثبوت النسب بالدعوى

النسب قد يثبت بالدعوة ، وذلك بالإقرار المجرد بالنسب .. أما لو كان الإقرار غير مجرد بأن يقول مثلا :- هو ابنى من زوجية أو من نكاح فاسد أو من الزنى ... فلا مجال هنا لثبوت النسب بالدعوة .

المبحث الأول

نوعا الإقرار

الإقرار بالنسب نوعان :

١- إقرار ليس فيه تحميل النسب على الغير :

يكون إقراراً بالبنوة المباشرة أو الأبوة المباشرة .. هنا يكون حمل النسب على نفسه ، وكذلك لو أقر بأن هذا الرجل أبوه.

٢- إقرار فيه تحميل النسب على الغير :

بأن يقر أن فلاناً ابن ابنه وهنا تحميل النسب على الغير المقر ، لأنه لكي يكون المقر له بالنسب ابن ابن المقر فيجب أن يكون ثابت النسب لابن المقر .. وهذا هو معنى تحميل النسب على الغير .

وكذلك إن قال فلانا أخي .. فلكي يثبت النسب بين الأخوين يجب أولاً أن يثبت نسب المقر له من والد المقر لكي ينسحب على المقر باعتباره أخاً له .

وكأن يقر مثلاً أن فلانا ابن عمه .. فلكي ينسحب النسب على المقر لابد أن يثبت نسب المقر له من عم المقر .. وهذا تحميل النسب على الغير .

المبحث الثانى

بأيهما يثبت النسب

الإقرار الذى يكون سببا فى ثبوت النسب هو الإقرار الذى ليس فيه تحميل النسب على الغير وهو الإقرار بالبنوة المباشرة او بالأبوة المباشرة .

أما الإقرار الذى فيه تحميل النسب على الغير فله آثار سوف أتعرض لها فيما بعد إن شاء الله تعالى ...

شروط ثبوت النسب بالدعوة :

حتى يثبت النسب بالإقرار الذى ليس فيه تحميل على الغير ينبغى أن تتوافر الشروط الآتية :

١- أن يولد مثل المقر له بالنسب من مثل المقر لأنه لو كان غير ذلك لكان الإقرار كاذباً .. كأن يكون المقر له ابن تسع سنين والمقر ابن أربع عشرة ، لأنه يستحيل هنا أن يولد مثل المقر له من مثل هذا المقر ، فالفرق بينهما خمس سنوات .

٢- ألا يكون المقر له ثابت النسب من غير المقر ... حيث لا يتصور ثبوت نسب الولد من اثنين فى وقت واحد ... ولا يقال ينتفى النسب الأول ويثبت الثانى ، لأن النسب متى ثبت لا يفسخ .

فلذلك يجب أن يكون المقر له بالنسب مجهول النسب لا يعرف له أب .

٣- أن لا يذكر المقر بأن هذا الولد من الزنى .. لأنه في هذه الحالة يكون قد بين السبب ، فلا يكون الإقرار مجرداً ، والمعروف أن الزنى لا يصلح سبباً للنسب لقول النبي ﷺ (الولد للفراش ، وللعاهر الحجر)(1) .

٤- أن يصدقه المقر له بالنسب إبناً كان أو بنتاً ، لو كان من أهل التصديق ، بأن يكون مميزاً ، أما لو كذبه في الإقرار فلا يثبت النسب .

وقد يقال كيف يؤخذ بتصديق المقر له على أن تصرفات الصبي المميز إذا كانت تحتمل النفع والضرر لا تكون نافذة إلا بإذن الولي ، وثبوت النسب ، كما أنه يحتمل نفع للمقر له من حيث أن المقر يحمل واجبات نحو المقر له ، ولكنه في نفس الوقت فأن المقر له قد يحمل واجبات نحو المقر ، كأن يكون المقر فقيراً ، والمقر له غنياً .. فتكون في هذه الحالة نفقة المقر على المقر له .. بجانب أن المقر يرث المقر له . لا يقال ذلك لأن ثبوت النسب للولد المجهول من المقر لا يعادله شيء على الإطلاق ، حيث يعرف الولد نسبه ويعرف والده .. وذلك لا يوازيه ولا قياس عليه احتمال عود ضرر عليه بترتيب حقوق للمقر عليه .

- والنسب يحتاط في إثباته ما أمكن .. وهنا لا تسري قواعد التصرفات المعروفة بالنسبة للمميز وغيره .. بدليل أن غير المميز يثبت نسبه من المقر دون توقف على شيء .. مادامت توافرت الشروط الأخرى ، والصغير الغير مميز لا يستطيع بعد ذلك أن يختار أو يتحلل من هذا النسب لقاعدة مسلمة في النسب وهي أن النسب إن ثبت لا ينفك بحال . فإن لم يكن

---

(1) الجوهرة جـ٢ ص١٦٢ (إذا قال هو ابني من الزنى لا يثبت نسبه ولا يرث منه) .

مميزاً فلا أثر لتصديقه حيث أنه ليس معتبراً شرعاً ، وعبارته لغو .

فيثبت النسب بالدعوة ، لأن ثبوت النسب أولى للولد من مراعاة الحقوق التى تثبت عليه من الإقرار بالنسب .. فالمصالح المالية لا تقاس بالمصالح التى تتحقق بثبوت النسب .. فالولد محتاج أن ينسب لأبيه درءاً للعار عنه وللمحافظة على شرفه .. ومن المعروف أنه لو اجتمع ضرران يرتكب الأخف منهما فى سبيل دفع الأشد .

والولد غير المميز إذا كبر لا يكون له أن ينكر النسب .. لأن النسب إذا ثبت لا يقبل الإبطال ، لا من الأب ولا من الإبن .

وهذه الشروط لو توافرت فى الإقرار بالبنوة فالنسب يثبت به مجرداً . وثبوت النسب بهذه الدعوى وحدها فيه مراعاة لصالح الولد ، حتى لا يبقى من غير والد .. وفيه جبر لكسر فقدانه النسب ، وهو مذر بشرفه(1) .

- وقد حكم بأنه إذا ادعى رجل أن طفلا ابنه ، وكان الطفل غير مميز ومجهول النسب ، ويولد مثله لمثل من ادعاه ، يثبت نسبه منه بمجرد هذه الدعوى ، ومن غير حاجة إلى تصديق من الغلام ولا غيره(2) .

وقد حكم بأنه إذا أقر رجل ببنوة غلام مجهول النسب غير مميز ، وكان فى السن بحيث يولد مثله له ، ثبت نسبه بمجرد هذا الإقرار ، ولا يشترط ثبوت زوجية أم هذا الصغير لمن أقر بالنسب(3) .

---

(1) د. عبد العزيز عامر ص٩٥ .

(2) محكمة بورسعيد الجزئية الشرعية ، ٢ ربيع الأول سنة ١٣٤٩ (٢٨-٧/١٩٣٠) ، المحاماة الشرعية س٢ العدد ١٠ ، ص٩٤٢ ، رقم ١٢٤ .

(3) عابدين الشرعية ، ١١ ربيع الأول سنة ١٣٦٣ (٦-٣-١٩٤٤) وقد تأيد استئنافياً فى ١٨/٦/١٩٤٤ ، المحاماة الشرعية س١٦ – العددان ٩ ، ١٠ ص٢٤٢ رقم ٨٤ .

- وحكم بأنه يشترط فى صحة الإقرار أن يكون الولد المقر بنسبه مجهول النسب ، فلو كان معروف النسب فإنه لا يثبت نسبه من المقر ، بل يقال له دَعِى([1]) .

- وأن المنصوص عليه شرعاً أن الإقرار بوارث لا يقتضى مشاركة المقر له للمقر فى الميراث ، إلا إذا كان المقر له مجهول النسب([2]) .

- وحكم بأن إقرار المتوفى أمام المجلس ببنوة الولد الذى أتت به أمه من معاشرة سفاح ، وادعاء بنوته له إقرار باطل شرعاً لا يترتب عليه أى أثر فى تغيير الوضع الشرعى لهذا المولود ، ولا يورثه فى المتوفى([3]) .

- وقد حكم بأنه لا يفيد فى دعوى النسب للإرث أن يدفع باشتهار المدعى بنسب آخر ، إذا كان المتوفى معترفاً بنسب المدعى([4]) .

- وحكم أيضاً بأنه لا يثبت نسب الصغير من أبيه إذا جاء لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد ، إلا إذا ادعاه ، ولم يقل إنه من الزنى([5]) .

([1]) محكمة شبرا الشرعية ١٩٤٠/٧/٤ – المحاماة الشرعية س١٤ الأعداد ١-٤ ، ص٧٠ ، رقم ١٧ .

([2]) العليا الشرعية ٢٧ ذو القعدة سنة ١٣٦٠ (١٦-١٢-١٩٤١) – المحاماة الشرعية ، س١٣ – الأعداد ١-٣ ، ص٢١٦ ، رقم ٣ .

([3]) القاهرة الإبتدائية الشرعية ، ٢٥-٩-١٩٤٩ – المحاماة الشرعية س٢١ العددان ٩ ، ١٠ ، ص٥٠٢ رقم ٩١ .

([4]) مصر الإبتدائية الشرعية – ١٨ جمادى الأول سنة ١٣٥١ (١٩-٩-١٩٣٢) – المحاماة الشرعية – س٤ – العددان ٧ ، ٨ ، ص٥٩٨ ، رقم ١٨٥ .

([5]) دمياط الشرعية ، ٩ جمادى الأول سنة ١٩٤٧ ، (٢٣-١٠-١٩٢٨) ، المحاماة الشرعية ، س١ ، العدد ٣ ، ص٣١٩ ، رقم ٦٨ .

- وتجدر الإشارة هنا إلى أنه إذا كان لهذا الولد أم وادعت بعد موت المقر أنها زوجته ، ولم يكن منه ما يكذبها قبل وفاته ، وكانت معروفة بأنها أمه ، ومعروفة بالإسلام والحرية ، فهي ترث من المقر بهذا الاعتبار . وكونها ترث من المقر هو الاستحسان .. وبالقياس لا ترث . وجه القياس أن الميراث لا يثبت بالشك .. وقد تكون أم الولد من المقر به المتوفى من عقد فاسد ، أو من وطء بشبهة ، أو قد يكون الولد ابن المقر ليس منها ولكن من غيرها ، فمع هذه الشكوك لا ترث من المقر .

ووجه الاستحسان أن نسب الولد يثبت من المقر المتوفى بإقراره ، وثبت منها كذلك بإقرارها ، فيحمل هذا على أن الولد ثمرة الزواج الصحيح بينهما ، لأن الإنسان يحمل حالة على الصلاح ، فيثبت الزواج ظاهراً وترث من المتوفى بهذا الإعتبار([1]) .

وإذا نازعها الورثة ، وقالوا إنها لم تكن زوجة لأبيهم ، أو كانت غير مسلمة وقت وفاته ، فلا ترث إلا إذا أثبتت دعواها بالبينة . ودعوى الأم هنا ليس لها أثر في نسب الولد .. سواء صحت هذه الدعوى أم لم تصح ، حيث النسب ثابت بالإقرار من المقر بالبنوة .

ولكن قولها يفيد أنها زوجة الميت ، بمعنى أنها ترث على هذا الاعتبار([2]) .

([1]) البدائع جـ٣ ص٢١٧ ، ٢١٨ - النسب وآثاره للدكتور محمد يوسف موسى ص٢٤ ، ٢٥.
(انظر د. عبد العزيز عامر ص٩٧) .

([2]) التنوير والدر وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٦٥ ، ٨٦٦ ، وفي التنوير والدر : [قال لغلام : هو ابني ومات] المقر . [فقالت أمه] المعروفة بحرية الأصل والإسلام : [أنا امرأته ، وهو ابنه يرثانه استحساناً ، فإن جهلت حريتها] أو أمومتها لم ترث] ، وفي -

= الحاشية ([قوله : المعروفة بحرية الأصل] ، كذا عبر بعض الشراح . وذكر ابن الشلبي أن التقييد بالأصل غير ظاهر ، بل يكفي كونها حرة ا هـ . أي لأنه إذا أريد بحرية الأصل كون أصولها أحراراً فهو غير شرط . وكذا لو أريد به كونها حرة من حين أصل خلقتها ، لأن الحرية العارضة تكفي . لكن قد يقال : إن الحرية العارضة لا تكفي إلا إذا كانت قبل ولادة ذلك الغلام بسنتين ، وإلا فلا لاحتمال كونها أمة لـه واستولدها ، أو لغيره وتزوجها منه ، ثم ولدت هذا الغلام وأقر به ، فإنها حينئذ ليس من أهل الورث . بخلاف ما إذا علمت حريتها قبل الولادة بسنتين فأكثر فإنـه يعلـم كونها حرة وقت العلوق ، وأنها ولدت بالزوجية ... [قوله : استحساناً] ، والقياس أن لا ميراث لها ، لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد والوطء من شبهة ، وبملك اليمين ، فلم يكن قوله إقرار بالنكاح وجه الاستحسان أن المسألة فيما إذا كانت معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام ، والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضـعاً وعادة ، لأنه الموضوع لحصول الأولاد دون غيره . فهما احتمالان لا يعتبران فـي مقابلة الظاهر القوي ، وكذا احتمال كونه طلقها في صحته وانقضت عدتها ، لأنه لما ثبت النكاح وجب الحكم بقيامه ما لم يتحقق زواله .. [قوله : فإن جهلت حريتهـا] أي بأن لم تعلم أصلاً أوعلم عروضها ولم تتحقق وقت العلوق على مـا قررنـاه آنفـا . [قوله: أو أمومتها] ، في بعض النسخ ـ والمناسب زيادة : أو إسلامها ليكون (محترز الثالث) – شرح الزيلعي على الكنز جـ٣ ص٤٦ – الهداية وفتح القدير وشرح العناية جـ٣ ص٣١٣ – الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ، بند ٣٢٩ ، وقد جاء به نقـلاً عن البدائع جـ٣ ص٢١٨ ، أنه إذا كان للولد المقر بنسبه أم مشهورة بأنهـا أمـه ، وهي حرة مسلمة ، وادعت أنها زوجة المقر ، ولم يكن من المقر في حياته مـا يكـذبها ، فإنها ترثه استحساناً ، كما جاء في النوادر . والقياس ألا ترث . وجه الاستحسـان أن سبب الاستحقاق للإرث في حقها يثبت بنسب الولد ، وهو سبب النكاح الصحيح ، لأن المرأة إذا كانت معروفة بأنها أم الولد فالأصل في ثبوت نسبه أن يكـون بفـراش ، والأصل في الفراش هو النكاح الصحيح فكانت دعوى النسب إقراراً منه بأنه من نكاح صحيح ، وإذا لم تكن معروفة بأنها أمه فلا ترث إلا بحجة .

(د. عبد العزيز عامر ص٩٧) .

الإقرار بالأبوة :

تجدر الإشارة هنا إلى أن ما تقدم هو الإقرار بالبنوة .

أما الإقرار بالأبوة .. فهو أن يقر الولد بأن فلاناً أبوه ، ويشترط فيه ما يشترط في الإقرار بالبنوة ، بأن يكون مثل المقر يولد من مثل المقر له ، وأن يكون المقر مجهول النسب ، وألا يقول إنه أبوه من الزنى ، وأن يصدقه المقر له في هذا الإقرار(1) .

إذا كذب المقر له المقر ، فالمقر له إثبات إقراره بالبينة الكاملة ، وإن عجز المقر عن الإثبات بالبينة ، يحلف المقر له بأنه ليس أباً للمقر ، ولو حلف بطل إقرار المقر ، ولو نكل وامتنع عن الحلف تثبت دعوى المقر ، فيثبت نسبه من المقر له .

– وقد حكم أنه إذا ثبتت بنوة المدعى لأب غير الذي يدعي وفاته وبنوته له بأوراق رسمية كان هذا كافياً لرفض دعواه الوفاة والوراثة(2) ، ويعتبر ذلك تطبيق من القضاء لشرط كون الولد المقر مجهول النسب حتى يصح إقراره ، فلو كان معلوم النسب فالإقرار بالأبوة باطل ولا أثر له .

– وقد حكم بأن دعوى النسب لأب لا تتوقف على ادعاء الزوجية بين هذا الأب وأم المدعي ، ولا على الإقرار بذلك النسب ، ولا على وجود ما يؤيد واحد منهما(3) .

---

(1) د. عبد العزيز عامر ص٩٨ – الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ص٣٩٧ – أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية لأحمد إبراهيم إبراهيم جـ١ ص٣٦٤ .

(2) العليا الشرعية ٢٧ ذو القعدة سنة ١٣٦٠ (١٦-١٢-١٩٤١) – المحاماة الشرعية – س١٣ – الأعداد ١-٣ ، ص١٦ ، رقم ٣ .

(3) العليا الشرعية ٦-١٢-١٩٢٦– المحاماة الشرعية – س١، العدد ٥، ص٣٩٨ ، رقم ١٠٨.

الإقرار بالأمومة :

لو كان الإقرار من امرأة أن فلاناً ولدها ، فلو كانت خالية من الأزواج ، وليست فى عدة زوج ، وأقرت بالأمومة لولد يولد مثله لمثلها ، وكان الولد مجهول النسب ، وصدقها فى هذا الإقرار ، يثبت نسبه منها .

- وقد حكم بأنه يثبت نسب الغلام من زوجين تصادقا على أنه ابنهما ، إذا لم يوجد مانع من الموانع الفقهية ، وأنه إذا ادعت امرأة غير متزوجة أن هذا الطفل إبنها من فلان ، وكان الطفل غير مميز ومجهول النسب وصدقها الرجل الذى ادعت عليه الطفل ، يثبت نسبه منها من غير حاجة إلى شىء أكثر من هذا(1) .

- وإذا كان البعض قد قال أنه لا يثبت نسب الولد من المرأة المقرة إلا بالبينة الكاملة .. لأن الولد محتاج لنسب أبيه أكثر من نسب أمه ، لذلك أثبت النسب لأبيه بمجرد الإقرار .. وإن كان يترتب على ذلك ضرر له بترتيب حقوق الأبوة عليه ، لأن هذا الضرر يتحمل فى سبيل دفع ضرر أشد منه وهو بقاء الولد دون أب ينسب إليه ...

فقد رأى أكثر العلماء أن الإقرار يكفى بالنسبة للمرأة ، كما يكفى بالنسبة للرجل .. مادام توافرت له الشروط المطلوبة لكى يثبت به النسب .. لأن إقرار المرأة بأمومتها للمقر له إلزام نفسها دون إلزم غيرها .. فلا مانع من الأخذ بمقتضى هذا الإقرار ..

---

(1) محكمة بورسعيد الجزئية الشرعية ، ٢ ربيع الأول ١٣٤٩ (٢٨-٧-١٩٣٠) المحاماة الشرعية ، س٢ ، العدد ١٠ ، ص٩٤٢ وما بعدها ، رقم ١٢٤ .

وأرى مع البعض أن تصحيح إقرار المرأة هو الأولى بالاتباع شأنه في ذلك شأن إقرار الرجل .. لأن المرأة فيه تلزم نفسها دون غيرها ، وهي في ذلك كالرجل في إقراره .. كما أن القول بأن الولد محتاج لثبوت نسبه من أبيه أكثر من احتياجه لثبوت نسبه من أمه قول مردود لأن الإنسان يهمه أن يكون معروف النسب متعين المورد ، سواء من جهة الأب أو من جهة الأم(١) ..

- وإن كانت المرأة المقر متزوجة ... فهناك حالتان :

أ- أن تقر بأن الولد من زوجها .

ب- أن تقر بأن الولد من غير زوجها .

ففي الحالة الأولى .. لو صدقها الزوج ، يثبت نسب الولد منهما معاً ، وإن كذبها .. فعليها إثبات صحة هذا الإقرار ، وإثبات الأمومة يكون بالقابلة أو المرأة المعروفة بالصدق والأمانة .. وذلك لقيام الفراش ، وإذا تم إثبات أمومتها ثبت نسبه من الزوج أيضاً ، لأن هذا لازم من إثبات النسب منها .

أما الحالة الثانية .. تثبت الأمومة بهذه الدعوة ، إذا توافرت شروطها .

لو كانت المقرة معتدة ..

لو كانت معتدة من طلاق رجعي : فحكمها حكم المتزوجة ، لوجود الفراش حكماً .

وإن كانت معتدة من طلاق بائن : لا يثبت قولها إلا بحجة تامة يعني شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وذلك عند أبي حنيفة ، لأن الفراش عنده

---

(١) د. عبد العزيز عامر ص١٠٠ .

غير موجود .. أما أبو يوسف ومحمد فهما يكتفيان بشهادة امرأة تكون أهلاً للشهادة .

واشتراط الحجة – كاملة أو غير كاملة – في شأن إقرار المرأة بأمومتها للولد عند عدم التصديق .. راجع لأن إقرارها فيه تحميل النسب على الغير وهو زوجها .. فلا يكفي إقرارها المجرد ، بل لابد من حجة تؤيد هذا الإقرار .

فثبوت النسب هنا ليس أساسه الدعوة ولكن يكون ثابتاً بالحجة .

– **في حالة أن يقر شخصاً أن فلانة أمه .. حكمه حكم الإقرار** بالأبوة غير شرط الزنى لأن ولد الزنى ينسب لأمه ولا يثبت من الزاني([1]) .

– وإذا صدقته المقر لها يثبت نسبه منها .. وإن لم تصدقه ، فيمكن له إثبات ذلك بالبينة الكاملة ، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

إن عجز عن الإثبات بالبينة .. ولم يثبت النسب ، وإن لم تحلف ونكلت تثبت الدعوى ، فيثبت نسب المقر منها .

أثر ثبوت النسب بالدعوة :

الولد الذي يثبت نسبه من أخر بالدعوة يعتبر ولداً حقيقياً له ، تجب له كل حقوق الأبناء على الآباء ، كما تجب عليه واجبات الأبناء للآباء .

ويجري بينهما التوارث ، وتستحق النفقة بينهما .. كما تجب للولد أجرة الرضاع والحضانة ....

([1]) د. عبد العزيز عامر ص١٠٢ عن (الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ص٣٩٧) .

- وقد حكم بأنه إذا ثبت نسب الغلام بأى وجه ، ومن ذلك أن يكون ثابتاً بالدعوة ، فإنه يكون إبنا حقيقياً ويكتسب جميع الحقوق المشروعة للبنوة الحقيقية على والديه ومواطنيه ، كما يكتسب والده ومواطنوه جميع الحقوق المشروعة للأبوة الحقيقية على هذا الولد ، سواء أكانت الحقوق مما عرفها الفقه وشرعها ، أم مما وضعته القوانين والأنظمة الوضعية فى الدولة التى يكون الطفل ومدعيه من رعاياها ، وأن القوانين المعمول بها فى الدولة المصرية جميعها لا تختلف مع الفقه فى شيء من هذا بالنسبة للرعايا المسلمين[1] .

([1]) محكمة بورسعيد الجزئية الشرعية ، ٢ ربيع الأول سنة ١٣٤٩ (٢٨-٧-١٩٣٠) المحاماة الشرعية ، س٢ ، العدد ١٠ ، ص٩٤٢ ، رقم ١٢٤ .

المبحث الثالث

الإقرار الذى فيه تحميل النسب على الغير

يسرى هذا الإقرار فى حق المقر ، ولا يسرى فى حق غير المقر ويترتب على ذلك ..

١- لو أقر ولد لشخص متوفى ، وكان المقر عاقلا بالغاً ، لآخر بأنه أخوه .. وتوافرت شروط الإقرار .. صح الإقرار فى حق المقر لا غير ، لأنه حجة قاصرة فلا يسرى على الورثة الذين لم يوافقوا المقر على إقراره ، ويشارك المقر له المقر فى نصيبه فى الميراث .. يعنى ذلك أن الإقرار يقبل فى حق المال فقط .. ولا يفيد فى إثبات نسب المقر له من والد المقر .

- وحكم بأن إقرار الزوجة بأن الولد فلاناً ابن فلانة هو ابن لزوجها لا قيمة له فى ثبوت النسب ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، ولأن فى هذا الإقرار تحميلاً للنسب على الغير ، وهو هنا زوج المقرة([1]) .

مقدار ما يكون للمقر اختلف فيه الفقهاء .. ولبيان هذا الاختلاف نضرب مثلاً ..

لو فرض أن شخصا مات عن ولدين ، وأقر أحدهما ، وكان أهلاً للإقرار ، بأن ثالثاً مجهول النسب أخ له .. فما هو النصيب الذى يستحقه المقر له فى تركة المتوفى ؟

([1]) محكمة شبرا الشرعية ١٩٤٠/٦/٤ - المحاماة الشرعية ، س٤ ، الأعداد ١-٤ ، ص٧٠ ، رقم ١٧ ، وقد تأيد فى الاستئناف .

قول أبو حنيفة وأصحابه ... يأخذ نصف نصيب المقر لو كان المقر له مذكراً ، وثلثه لو كان مؤنثاً ، تأسيساً على أن ما يخرج من نصيب المقر من تركة المتوفى يعتبر هالك فلا يبقى إلا نصيب المقر الذى يقسم بينه وبين المقر له على أنه هو التركة .. وبناء على ذلك لو كان المقر له ذكرا يأخذ مثل نصيب المقر ، وإن كان المقر له أنثى .. فيقسم ما أخذه المقر بينهما مثالثة ، ويأخذ المقر الثلثين والمقر لها تأخذ الثلث لأن الذكر له مثل حظ الأنثيين تعصيباً فى الميراث .. وباقى الورثة تسلم لهم أنصبتهم على أساس أن المقر له معدوم .

وهذا هو الراجح فى المذهب الحنفى .

وعند أبى ليلى رأى آخر .. ففى هذا المثال يقول .. لو كان المقر له ذكراً يأخذ ثلث ما أخذ المقر ، تأسيساً على أن التركة تقسم أولاً على اعتبار أن الورثة هما المقر وأخوه حتى يأخذ الأخ غير المقر نصيبه فى التركة وهو النصف .. فهو لا يتحمل شيئاً فى سبيل المقر له ، لأنه لم يصادق على الإقرار .. فالمقر له كأنه غير موجود فى حقه ، ويأخذ المقر نصيبه وهو النصف ، فيأخذ المقر له ثلثه لأنه يستحق الثلث فى التركة .

– وحكم بأن الوارث يعامل بإقراره بوارث آخر فى دعوى الوفاة والوراثة ، وتكون التركة شركة بينهما([1]) .

([1]) العليا الشرعية ١٩٠٧/٤/١٠ – ٢٧ صفر سنة ١٣٢٥ ، المحاماة الشرعية ، س٥ ، العددان ٧ ، ٨ – ص٦٢٣ – رقم ١٦٤ . فى هذه القضية طلب الحكم بالوفاة وانحصار الإرث فى زوج المتوفاة وفيه بصفته أخاً لأب ، وحكم بتقسيم التركة بينهما مناصفة على أساس هذا الإقرار .

- وبأن مصادقة الورثة على وراثة من يدعى وراثته للمتوفى ، مع أن هذه المصادقة تنقص انصباءهم ، دليل على صدق إدعائه الوراثة من المتوفى . والطعن بعد ذلك بأن مصادقتهم على محضر الوفاة بأخوته لهم كان من إملاء غيرهم ، غير مقبول ولا يهدر ما جاء بالمحضر(1) .

- وبأن المنصوص عليه شرعاً أن الإقرار بوارث لا يقتضى مشاركة المقر له للمقر فى الميراث إلا إذا كان المقر له مجهول النسب(2) .

وذلك يعنى أن الإقرار بالنسب الذى فيه تحميل على الغير يشترط فيه أن يكون المقر له مجهول النسب ، حيث لا يعقل أن يثبت نسبه من إثنين معا فى وقت واحد ، كما أن النسب إن ثبت لا يرفع بشىء .

- والفرض السابق ذكره إذا كان المقر يشترك مع المقر له فى ميراث لشخص متوفى وفى المثال السابق كان الأب .. فكان مثار الخلاف حول تركه الأب .

أما بالنسبة لتركة المقر نفسه .. فى حالة كونه حياً ويقر لآخر بالإخوة له ثم يموت المقرر .

- فيلاحظ أن إقرار المدعى هنا بوارث هو زوج المتوفاة فلا مدخل له فى أمر النسب ، لكن هذا لم يمنع إيراد الحكم ، لأنه قرر قاعدة عامة ، وهى معاملة المقر بإقراره بوارث آخر .

(انظر د. عبد العزيز عامر ص١٠٦) .

(1) مصر الإبتدائية الشرعية ١٠ ربيع الثانى سنة ١٣٦٠ (٧-٥-١٩٤١) - المحاماة الشرعية ، س١٣ - الأعداد ٧-١٠ ، ص٣٩ ، رقم ٥٦ ، وقد تأيد هذا الحكم من المحكمة العليا فى ١٨-١١-١٩٤١ .

(2) المحكمة العليا الشرعية ٢٧ ذى القعدة سنة ١٣٦٠ (١٦-١٢-١٩٤١) المحاماة الشرعية ، س١٣ ، الأعداد ١-٣ ، ص١٦ ، رقم ٣ .

فهنا لابد من التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول : ألا يكون للمقر ورثة .

الفرض الثاني : أن يكون للمقر ورثة .

الفرض الأول :

إن لم يكن له وارث ، يستحق المقر له الميراث ، لأن للمقر ولاية التصرف فى ماله فى حالة عدم وجود وارث له ، فله أن يوصى بكل ماله لمن يشاء ، فيلزم من ذلك إعمال الإقرار فى حق المال .. باستحقاق المقر له كل مال المقر .

الفرض الثاني :

إن كان للمقرر وارث معروف سواء كان من أصحاب الفروض أو العصبة أو ذوى الأرحام فهو أولى بالميراث من الأخ المقر بنسبه .. لأن حق هؤلاء الورثة ثابت بيقين ، فلا يجوز التعدى عليهم بتوريث غيرهم من ميراث مشكوك فيه ، لعدم ثبوت نسب هذا الغير .

٢- يترتب على أخذ المقر بإقراره .. أن المقر لو كان موسراً والمقر له فقيراً يستحق النفقة ، فإنها تجب على المقر للمقر له .. لأن هذا أثر من آثار الإقرار .. والإقرار معتبر فى حق المقر .

٣- الإقرار ليس قاصراً على الإرث والنفقة ، بل أن الأحكام الخاصة بالحضانة تجرى بين المقر والمقر له .. ما دام قد تصادقا على ذلك(١) .

---

(١) الفتاوى الحامدية جـ٢ ص٣١٨ وقد نقل عن التنوير فى إقرار المريض قوله : « وإن أقر بنسب على غيره كالأخ والعم والجد وابن العم لا يصح الإقرار فى حق غيره ، ويصح فى حق نفسه ، حتى تلزمه الأحكام من النفقة والحضانة والإرث ، إذا تصادقا عليه ».

ومما يؤخذ مما تقدم أن المقر فى هذا النوع من الإقــرار لا يثبــت النسب بإقراره مجرداً ، وإن كان يعامل بإقراره من ناحية الميراث وغيــره من الحقوق التى ترجع إليه نفسه ، كالنفقة وغيرها ..

لكن لو صدق المقر من حمل عليه النسب فيثبت النسب حينئذ ، كما أن النسب يمكن أن يثبت هنا بالبينة .

المبحث الرابع

دعاوى النسب

هنا اختلاف فيما بين أن تكون الدعوى فيها تحميل النسب على الغير ، وبين أن تكون الدعوى ليس فيها تحميل النسب على الغير .

- فلو كانت الدعوى ليس فيها تحميل النسب على الغيــر ، وهــى الدعوى بالنسب بين الأب والإبن ، فتقبل لو كــان المــدعى عليــه حيــاً ، وصورتها أن يرفع الدعوى ضده طالباً ثبوت نسبه منه مجرداً دون حق آخر ، وكونها مقبولة مرده أن المدعى عليه في الدعوى حي ممثل فيهــا ، وهــو الملزم بالدعوى مباشرة .

أما لو كان المدعى عليه ميتاً فدعوى النسب منه لا تسمع إلا ضمن حق آخر .. ومرد ذلك أن المدعى عليه غائب .. والــدعوى علــى غائــب لا تقبل إلا ضمن دعوى أخرى على حاضر .

أما فى حالة كون الدعوى فيها تحميل النسب على الغيــر .. كــأن يدعى بالأخوة أو العمومة أو ببنوة العمومة ، فإنها لا تقبل مجردة عن حــق آخر .

فلو رفع دعوى على آخر طالباً إثبات النسب ، وقال إنه أخوه ، فهذه الدعوى لا تقبل ، لأنها دعوى فيها تحميل النسب على الغير وهو الأب ، وهو ليس فى الدعوى ولكنها تقبل لو كانت ضمن دعوى حق آخر على حاضر .. وصورتها أن يرفع الدعوى بطلب النفقة لصلة القرابة مثلاً ، فيرفع المدعى عليه الدعوى بنفى هذه الصلة وبأن المدعى ليس قريباً له ، فيكون للمدعى هنا إثبات النسب ، لأنه ضمن دعوى حق آخر على حاضر .

وكذلك يقال فى دعوى الضم من العاصب غير الأب لو أنكر المدعى عليه صفة العاصب التى بها يطلب الضم ، فيمكن هنا أن تسمع البينة على النسب ، وإن كان فيه تحميل النسب على الغير ، لأن النسب هنا مدعى ضمن دعوى بحق آخر على حاضر .

وكذلك فى دعوى الميراث .. كأن يرفع الدعوى يطلب ميراث له ، فينكر المدعى عليه الصفة التى يستند إليها لطلب الميراث .. فله هنا أن يثبت النسب من المتوفى الذى يريد حصته فى تركته ، فهى دعوى ميراث تضمنت نسباً(1) .

– وقد حكم بأن دعوى النسب لا تسمع بعد وفاة من يدعى الانتساب

---

(1) الفتاوى الحامدية جـ٢ ص١٥ (رجل يدعى على وصى صغار أنه ابن ابن ابن عم الميت ، فهل تقبل بينته على هذه الدعوى إذا أقامها أولاً ؟ الجواب : لا تقبل بينته على مجرد هذه الدعوى ، ولا يصح بها القضاء بالنسب ، وإنما تقبل بشروط : أن تكون بعد دعوى مال صحيحة ، حيث كانت دعوى لبنوة العمومة) ، (قال فى البحر بعد بسط الكلام : وحاصل ما ينفعنا هنا أن الشهود إذا شهدوا بنسب فإن القاضى لا يقبلهم ، ولا يحكم به إلا بعد دعوى مال ، إلا فى الأب والإبن) .
(أنظر د. عبد العزيز عامر ص١٠٩) .

إليه إلا ضمن دعوى حق للمدعى نسبه(1) .

وعلى ذلك فهى تسمع إذا ادعى الوفاة والوراثة ، ثم دفع المدعى عليه الدعوى بنفى النسب ، لأن النظر فى الصفة التى يدعى المدعى أنه يدلى بها إلى الميت ، ويستحق بها أن يكون وارثاً فيه ، تستلزم حتماً النظر فى نسبه إليه ، أو جهة قرابته منه(2) .

- والخصم فى دعوى الميراث قد يكون أحد الورثة أو الوصى أو الموصى له أو الدائن أو المدين(3) .

المبحث الخامس

أهم الفروق بين نوعى الإقرار

سأبين فى هذا المبحث إن شاء الله تعالى أهم الفروق بين الإقرار الذى فيه تحميل النسب على الغير ، والإقرار الذى ليس فيه تحميل النسب على الغير .

الفرق الأول :

الإقرار الذى ليس فيه تحميل النسب على الغير يثبت النسب بالإقرار المجرد .. أما فى النسب الذى فيه تحميل النسب على الغير لا يثبت النسب بالإقرار المجرد ، ويمكن أن يثبت فيه بالبينة .

---

(1) العليا الشرعية ٨ المحرم سنة ١٣٦٣ (١٤-١-١٩٤٤م) المحاماة الشرعية ، س١٦ ، العدد ٦-٨ – ص٩٥ ، رقم ٤٤ .

(2) مصر الإبتدائية الشرعية ٣٠ محرم سنة ١٣٦٠ (٢٦-٢-١٩٤١) . وقد تأيد هذا الحكم فى الاستئناف – المحاماة الشرعية ، س١٣ ، الأعداد ٧-١٠ ، ص٤٩ ، رقم ٥٩ .

(3) الفتاوى الحامدية جـ٢ ص١٤-١٥ .

الفرق الثانى :

الإقرار الذى ليس فيه تحميل النسب على الغير ، يثبت فيه النسب أولاً من المقر ، وإن كان يسرى منه إلى غيره .

أما الإقرار الذى فيه تحميل النسب على الغير فيثبت فيه النسب أولاً من غير المقر ثم يسرى منه إلى المقر .

الفرق الثالث :

يتبنى على ما سبق أن الدعوى بالنسب يمكن أن تكون مجردة عن حق آخر لو كانت من النوع الذى ليس فيه تحميل النسب على الغير ، مادام المدعى عليه حياً .. ومرد ذلك أن النسب فى هذه الدعوى مقصور لذاته والمدعى عليه خصم فيها ، لأنه هو الملزم بالدعوى مباشرة .

ولو كان المدعى عليه فى النسب الذى ليس فيه تحميل النسب على الغير ميتاً ، فالدعوى لا تسمع ، لأن دعوى النسب بعد الموت لا يكون الغرض منها مجرد ثبوت النسب ، بل التوصل لحق آخر مبنى على ثبوت النسب . فالنسب هنا وسيلة وليس غاية .. والمدعى عليه فى النسب متوفى ، ولا تقام الدعوى على متوفى ، فلابد حينئذ إقامتها على آخر حى بحق آخر .. ويكون النسب تابعاً.

ونفس الشيء لو كانت الدعوى حال الحياة بغير الأبوه والبنوة ، حيث قصد المدعى ليس إثبات النسب المجرد ، فالخصم فى إثبات النسب ليس هو المدعى عليه ، بل هو شخص آخر كالأب عند الادعاء بالأخوة ، وكالجد عند الإدعاء بالعمومة ... فالمقصود من تلك الدعوى حق آخر كالمطالبة بالنفقة أو عدم الرجوع فى الهبة([1]) .

([1]) د. عبد العزيز عامر ص١١١ .

الفرع الثانى

الفرق بين النسب بالدعوة والتبنى

النسب الذى يثبت بالدعوى نسب حقيقى ، وإن كان سببه غير معلـوم ، ويكتفى فيه بالإقرار المجرد .

أما التبنى فليس كذلك .. فلو أقر شخص ما بأن تبنى ولد ولم يقصد بنوة حقيقية ، فالنسب لا يثبت بالدعوة ، والإلحاق بالتبنى باطـل وإذا كـان الشخص المتبنى معروف النسب .. فهنا نجده فقد شرطاً مهماً مـن شـروط الدعوة بالنسب .. وقد لا يكون كذلك .. غير أن النسب لا يثبت هنا بالتبنى ، لأن التبنى إلحاق للولد بالتبنى ، وهذا غير جائز .

وقد كان نظام التبنى معروفاً فى الجاهلية .. فكان الرجل إذا راقـه غلاماً ولم يكن له أولاد ضمه إلى نفسه ، وجعل له نصيباً فى ميراثه يعادل نصيب الذكر من أولاده .. وكان هذا الولد ينسب إليه حتى لو كان لـه أب معروف قبل ذلك .

وبقى نظام التبنى فى العهد الأول من الإسلام فقد تبنى النبـى ﷺ زيدا بن حارثة ، حتى نزل قول الله عز وجل ﴿ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ﴾ ... فدعاه النبى ﷺ لأبيه ولم يعد بعد ذلك بين المتبِنى والمتبَنى حقوق الآباء على الأبناء ولا العكس(1) .

---

(1) شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لمحمد زيد الإبيانى بك جـ٢ ص٣٢ - الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ص٣٩٦-٣٩٧ .

(انظر د. عبد العزيز عامر ص١١٢) .

وقد نظم الإسلام أحوال اللقطاء تنظيماً يكفل لهم حياة شريفة ، وجعل لكل إنسان أن يدعي اللقيط بشرط توافر شروط النسب بالدعوى ، والنسب في هذه الحالة يكون نسباً حقيقياً وليس صورياً ، الأمر الذى يشعر معه اللقيط بالكرامة والعزة ، وبأن له أباً يرعاه وينسب إليه.

وإذا لم يوجد ذلك فيكفي اللقيط أن يكون أخاً في الدين لقول الله عز وجل في كتابه الكريم ﴿ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ﴾ ([1]).

– وقد حكم أن التبنى لا تترتب عليه الحقوق الواجبة للأبناء على الآباء ، ولا تثبت فيه للمتبنى ولاية على المتبنى فى النفس ولا فى المال([2]).

([1]) سورة الأحزاب الآية (٥) .

([2]) شبرا الشرعية ١٩٤٠/٦/٤ المحاماة الشرعية ، س١٤ ، الأعداد ١-٤ ، ص٧٠ ، رقم ١٧ ، تم تأييده استئنافياً .

الفصل الخامس

نفى النسب

اللعان

الفرع الأول

تعريف اللعان وسببه وشروطه وكونه واجباً

المبحث الأول

تعريف اللعان

اللعان فى اللغة : مصدر لاعن ، يلاعن ، ملاعنة ، وهو من اللعن وهو الطرد والإبعاد([1]) .

وفى الشرع : اللعان مختص بملاعنة تجرى بين الزوجين بشهادات مقرونة باللعن القائم مقام حد القذف بالنسبة للزوج ، وبالغضب القائم مقام حد الزنى بالنسبة للزوجة([2]) .

وعند الحنفية يعرف اللعان شرعاً بأنه شهادات أربعة كشهود الزنى ، مقويات بالأيمان ، لأن لفظه « أشهد بالله .. » مقرونة شهادته بعد الرابعة

([1]) الاختيار جـ٢ ص٢٢٦ – الجوهرة جـ٢ ص١٤٦-١٤٧ – شرح الكنز للزيلعى وحاشية الشلبى عليه جـ٣ ص١٤ – فتح القدير وشرح العناية وحاشية السعدى جلبى جـ٣ ص٢٤٧ – تنوير الأبصار والدر وابن عابدين جـ٢ ص٨٠٥ .

([2]) الاختيار جـ٢ ص٢٢٦ – الزيلعى وحاشية الشلبى عليه جـ٣ ص١٤ – فتح القدير وشرح العناية جـ٣ ص٢٤٧ .

باللعن ، وشهادتها بعد الرابعة بالغضب ، قائمة شهادته مقام حد القذف في حقه ، على تقدير كذبه ، لما فيه من اللعنة عليه إن كان من الكاذبين ، وقائمة شهادتها مقام حد الزنى في حقها ، مع تقدير أنه صادق ، لأنها تضمنت غضب الله عليها إن كان من الصادقين .

ووجه قيام الشهادات من الجانبين مقام الحدين أنه بالتلاعن يسقط عنه حد القذف ويسقط عنها حد الزنى ، حيث أن الاستشهاد بالله مع الكذب مهلك مثل الحد بل وأشد منه([1]).

أما الشافعي فقد قال إن اللعان أيمان مؤكدات بالشهادات .

وهو الظاهر من قول مالك وأحمد بن حنبل ، وعن مالك وأحمد رواية أخرى كقول الحنفية .

وقال ابن القيم : الصحيح أن لعانهم يجمع الوصفين : اليمين والشهادة .. فهو شهادة مؤكدة بالقسم والتكرار ، ويمين مغلظة بلفظ الشهادة والتكرار لاقتضاء الحال تأكيد الأمر([2]) .

([1]) التنوير والدر وابن عابدين جـ٢ ص٨٠٥ – الزيلعي والشلبي جـ٣ ص١٤ ، ١٥ – الجوهرة جـ٢ ص١٤٦-١٤٧ وقد جاء فيها أن اللعان شهادات عند أبي يوسف ، وعند محمد أيمان فيها معنى الحد .

([2]) الزيلعي والشلبي جـ٣ ص١٤،١٥ – الهداية وفتح القدير وشرح العناية جـ٣ ص٢٤٨-٢٤٩ – الجوهرة جـ٢ ص١٤٧ – زاد المعاد جـ٤ ص١٨٤ وما بعدها . وقد استند الشافعي على حجج منها أن ورود لفظ الجلالة في الآية ﴿ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ... ﴾ محكم في اليمين ، وأن ورود لفظ الشهادة في الآية يحتمل معنى اليمين ، لأنه لو قال : أشهد ناوياً اليمين ، كان يميناً ، فيحمل المحتمل على الحكم ، لأن حمله على حقيقته وهو الشهادة ، متعذر ، إذ المفهوم شرعاً عدم قبول شهادة =

وتظهر أهمية الخلاف فى أنه على رأى الحنفية تشترط أهلية الشهادة فى اللعان .. لأن اللعان عندهم شهادات مؤكدات بالأيمان ، وعند الشافعى ومن يوافقونه تشترط أهلية اليمين ، وهو أن يكون اللعان ممن يملك الطلاق ، لأن اللعان عندهم أيمان مؤكدات بالشهادات ... وسوف أتعرض لذلك بالتفصيل إن شاء الله عند الكلام فى شروط اللعان .

= الإنسان لنفسه ، بخلاف يمينه ، فضلاً عن أن المعهود شرعاً عدم تكرر الشهادة فى موضع واحد ، بخلاف اليمين ، فإنه معهود ، إذ شرعت مكررة ، كما فى القسامة .

واحتج الحنفية بحجج منها قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلا أَنفُسُهُمْ ... ﴾ فقد استثنى فى الآية أنفسهم من الشهداء ، تثبت بذلك كونهم شهداء ، لأن المستثنى يكون من جنس المستثنى منه .

ثم إنه تعالى نص بعد ذلك على شهادتهم فقال جل شأنه ﴿ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ... ﴾ واستدلوا من هذا النص على أن الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ، وإنما تأكدت الشهادة باليمين لأنه يشهد لنفسه . أما القول بأن الشهادة للنفس غير مقبولة ، فإن محل ذلك أن تكون فى موضع التهمة ، أما إذا انتفت التهمة فإنها تقبل ، يدل على هذا قوله تعالى ﴿ شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لا إِلَهَ إِلا هُوَ... ﴾ فهذه من أصدق الشهادات ، لانتفاء التهمة ، والتهمة فى هذا المجال ينفيها تأكد الشهادة باليمين ، لأنه ، وهو يشهد يستحضر الله جلت قدرته ، ويقسم به ، ويتحمل مسئولية ذلك ، وهى لا شك جسيمة ، تمنعه من الوقوع فى الكذب . وأن قول الشافعى لا يستقيم ، لأنه يلزم من حمل الشهادة فى الآية على اليمين أن يحلف على غيره . فيكون التقدير : (ولم يكن لهم حالفون إلا أنفسهم) ، ذلك لأنه يفيد لما لم يكن للذين يرمون أزواجهم من يحلف لهم يحلفون هم لأنفسهم ، وهذا فرع تصور حلف الإنسان لغيره ، وهو لا وجود له أصلاً ، إذ اليمين شخصية ولا يعقل أن يكون موجباً للحكم على غيره بيمينه ، فهذا ظاهر الفساد .

(انظر د. عبد العزيز عامر ص١١٧، ١١٨) .

وأميل مع البعض(1) إلى رأى الشافعى .. ويدل على ذلك أن قول الحنفية إن الشهادة للنفس مقبولة فى غير موضع التهمة ، واستنادهم فى ذلك لقول الله عز وجل ﴿ شَهِدَ اللَّهُ ... ﴾ لا يسوغ أن يكون بالنسبة للإنسان ، فالعبد لا يقاس على المولى جل جلاله .

فضلاً عن ذلك فانتفاء التهمة بتأكد الشهادة باليمين قول لا يستقيم دائماً .. حيث لا يلزم من تأكد الشهادة باليمين انتفاء التهمة ، وأن الشاهد صادق ، مادام أكد شهادته باليمين .. فقد يكون كاذباً ، فلا تنتفى التهمة ، يدل عليه الوعيد فى الآية الكريمة ﴿ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنْ الْكَاذِبِينَ ﴾ ، وغضب الله عليها إن كان من الصادقين ، ومعناه أن تكون هى من الكاذبين فى نفى ما نسب إليها ، فالآيات تفرض أن الملاعن قد يكون كاذباً . ويدل على ذلك أيضاً ما رواه البخارى من أن هلال ابن أمية قذف امرأته عند الرسول ﷺ بشريك بن سمحاء ، فقال النبى ﷺ (البينة أو حد فى ظهرك) فقال : يا رسول الله : إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة .. فجعل الرسول ﷺ يقول : (البينة وإلا حد فى ظهرك) ، فقال : والذى بعثك إنى لصادق ، ولينزلن الله ما يبرىء ظهرى من الحد . فنزل جبريل وأنزل إليه : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ... ﴾ الآيات . فانصرف النبى ﷺ إليها . فجاء هلال فشهد ، والنبى ﷺ يقول : (إن الله يعلم أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب) فشهدت . فلما كانت عند الخامسة وقفوها ، وقالوا : إنها الموجبة ، قال ابن عباس : فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع ، ثم قالت: لا أفضح قومى سائر اليوم ، فمضت ، فقال الرسول ﷺ (أبصروها : فإن

(1) د. عبد العزيز عامر ص١١٨ .

جاءت به أكحل العينين ، سابغ الإليتين ، ضلج الساقين ، فهو لشريك بن سمحاء) ، فجاءت به كذلك ، فقال النبى ﷺ : (لولا ما مضى من كتاب الله كان لى ولها شأن)(1) ، وهذا قاطع فى أن أحد المتلاعنين كاذب ، فكيف تستقيم مع ذلك حجة من قال بانتفاء التهمة بمجرد تأكد الشهادة باليمين . فبقى أن اللعان أيمان مؤكدات بالشهادات حتى لا يقال إن الإنسان يشهد لنفسه .

وعلاوة على ذلك فالقول بأن تكرار الشارع للشهادة يفيد أنها تقوم مقام الشهود فى الزنى ، وهم أربعة ، ليس مقنعاً ، لأن مجرد التكرار لا يغير من طبيعة ما يجرى تكراره ، فيجعله شهادة لمجرد أن مراته تساوى مرات شهادة الزنى ، والعبرة بما يقال فى حقيقته ، شهادة كان أو يميناً ، وغاية ما يمكن أن يقال فى ذلك : إن الشارع كرر القول هنا ليحل محل الشهادة التى لا وجود لها فى اللعان ، حيث أن شرطه عدم توافر النصاب على الفعل المنسوب للزوجة .

والأخذ بقول الشافعى فيه تسهيل على الأزواج الذى يعاينون زنى زوجاتهم ولا يكون لهم شهود على الفعل ، ومذهب الحنفية فيه تضييق لا مبرر له فى حالات كثيرة ، وتفرقة قد تكون تحكمية فى أحوال .

وقد نقل ابن القيم من حجج لمن قالوا : إن اللعان أيمان ... فقال : (قالوا .. ولأن حاجة الزوج الذى لا تصح منه الشهادة إلى اللعان ونفى الولد كحاجة من تصح شهادته سواء ، والأمر الذى نزل به مما يدعو إلى اللعان كالذى ينزل بالعدل الحر . والشريعة لا ترفع ضرر أحد النوعين وتجعل له فرجاً ومخرجاً مما نزل ، وتدع النوع الآخر فى الآصار والأغلال ، لا فرج

---

(1) زاد المعاد جـ4 ص183 .

له مما نزل به ولا مخرج ، بل يستغيث فلا يغاث ، ويستجير فلا يجار ، إن تكلم تكلم بأمر عظيم ، وإن سكت سكت على مثله ، قد ضاقت عنه الرحمة التى وسعت من تصح شهادته ، وهذا تأباه الشريعة الواسعة الحنيفية السمحة)(1) .

المبحث الثانى

سبب اللعان

إذا قذف الرجل زوجته فإن يحد حد القذف كما فى الأجنبية وذلك لقوله عز وجل ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ﴾ ، ولما نزلت آيات اللعان خصصت آية القذف .. وقيل هى منسوخة بآيات اللعان(2) .

---

(1) زاد المعاد جـ٤ ص١٨٤-١٨٥ .
(انظر د. عبد العزيز عامر ص١١٧ وما بعدها) .

(2) سورة النور الآيات من ٦ – ٩ – زاد المعاد جـ٤ ص١٨٠ وما بعدها ز
وآيات اللعان قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ . وعلى أثر ذلك لاعن النبى ﷺ بين هلال بن أمية وزوجته لما قذفها بشريك بن سمحاء .. وروى عن ابن عباس أن هذه الواقعة سبب نزول آيات اللعان – الاختيار جـ٢ ص٢٢٦-٢٢٧ – شرح العناية وهو على هامش فتح القدير جـ٣ ص٢٤٨ .
(د. عبد العزيز عامر ص١٢٠) .

المبحث الثالث

شروط اللعان

الحنفية يشترطون فى اللعان الآتى :

أن يكون الطرفان زوجان ، حرين ، مسلمين ، عاقلين ، بالغين ، غير أخرسين ، غير محدودين فى قذف ، وأن يكون النكاح بينهما صحيحاً ، سواء دخل بها أو لم يدخل .

وسأشرح كل شرط من هذه الشروط فى إيجاز إن شاء الله تعالى .

أن يكون الطرفان زوجان وعلى ذلك فلا لعان بقذف المطلقة بائناً .. فلو قذف الرجل زوجته ثم طلقها ثلاثا أو طلاقاً بائناً سقط اللعان .

أما المطلقة رجعياً لا يمنع طلاقها اللعان لأن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك ولا يزيل الحل .

ولا لعان بقذف الزوجة الميتة .

كما أن النكاح الفاسد يمنع اللعان ، لأن اللعان مخصوص للأزواج والزواج ينصرف للصحيح .. وعلى ذلك فمن تزوج بنكاح فاسد لا يعتبر زوجاً .

فلو تزوجها زواجاً فاسداً ثم قذفها لم يتلاعن ، لأن ذلك كقذف الأجنبية .. والموطوءة بنكاح فاسد لا يحد قاذفها ، فلا يجب عليه اللعان .

ويلحق أبو يوسف الزواج الفاسد والوطء بشبهة بالنكاح الصحيح وعلى ذلك يرى الحد واللعان فيهما .

- وحكم أن الولد في فراش معتدة البائن لا ينتفى أصلاً ، لأن نفيه متوقف على اللعان ، وشرط اللعان الزوجية ، والفراش على أربع مراتب ، وأقوى هذه المراتب فراش معتدة البائن([1]) .

- وحكم بأنه إذا وجد بين المرأة وبين الرجل علاقة من نوع العلاقات التى تعتبرها الشريعة الإسلامية غير فراش لا تسمع دعواها الزوجية فيها ، لأن الفقهاء قد نصوا على أن الفراش أربع مراتب :-

١- **ضعيف** : وهو فراش الأمة ، لا يثبت النسب به إلا بدعوى .

٢- **ومتوسط** : وهو فراش أم الولد ، فإنه يثبت به بلا دعوى .

٣- **وقوى** : وهو فراش المنكوحة ، ومعتدة الطلاق الرجعى ، فإنه لا ينتفى إلا باللعان .

٤- **وأقوى** : كفراش معتدة البائن ، فإن الولد لا ينتفى فيه أصلاً ، لأن نفيه متوقف على اللعان . وشرط اللعان الزوجية .

وجاء في الحكم : إن الولد للفراش الحقيقى ، أما إذا كان غير حقيقى فلا يثبت النسب([2]) .

الإسلام : الإسلام من شرائط الإحصان ، فلا حد على قاذف الكافرة ، وبالتالى لا يجب لعان فى هذه الحالة ، لأن اللعان يقوم مقام حد القذف .. وكذلك لو كان الزوج كافراً والزوجة مسلمة كأن تكون أسلمت ثم قذفها قبل عرض الإسلام عليه ، فاللعان شهادة ، ولا شهادة لكافر على مسلم .

([1]) شبرا الشرعية ، وقد تأيد فى الاستئناف - المحاماة الشرعية س١٤ ، ص٧٠ ، رقم ١٧ .

([2]) مصر الإبتدائية الشرعية - المحاماة الشرعية ، س٢٠ ، ص١٩٣ ، رقم ٤٠ .

الحرية : لأن الرق مناف للشهادة ، واللعان شهادة مؤكدة باليمين ، والحرية من شروط إحصان القذف ، فلا يحد قاذف الأمة لعدم الإحصان وبالتالى فلا لعان .

البلوغ والعقل : لا يصح القذف بدونهما .. كما أنهما من شروط الشهادة ، واللعان شهادة .

عدم الحد فى القذف : لأن المحدود لا شهادة له لقول الله عز وجل ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ﴾ فعلى ذلك لا لعان ، لأن اللعان شهادة .

كما يشترط أيضاً بعض الشروط الأخرى بجانب الشروط التى سبق بيانها وهى كالآتى :-

أن يكون القذف بصريح الزنى .. ونفى الولد فى منزلة القذف بصريح الزنى وصريح الزنى كأن يقول لها (يا زانية) أو ما شابه ذلك أما لو كان القذف بالكناية وليس بصريح الزنى ، فلا لعان لأن القذف بالكناية لا يقام به حد القذف وبالتالى فلا لعان فيه ، ومثل ذلك أن يقول لها وطئت حراماً أو جومعت حراماً .

كما يشترط أن يكون القذف فى دار الإسلام .. فلو كان فى دار الحرب فلا يقام حد القذف وبالتالى لا لعان لأنه لا ولاية لسلطان المسلمين على دار الحرب .

ويشترط أيضاً للعان أن تطالبه الزوجة بموجب القذف وهو حد القذف إن كذب نفسه ، وباللعان إن أصر .

وهذا الطلب من حقها لو كان رماها بالزنى .. ومن حقه إن كان بنفى الولد لأنه يحتاج لنفى من ليس ولده عنه([1]) .

وما عليه الحنفية روى عن الأوزاعى والثورى وغيرهم ، كما أنه روى عن أحمد بن حنبل .

والأساس فى كل ما تم عرضه أن اللعان عند الحنفية شهادات مؤكدات بالأيمان ، فيشترط فى الزوجة أن تكون محصنة بأن تكون عفيفة عن الزنى ، عاقلة ، بالغة قاصرة ، مسلمة([2]) .

أما عند الشافعي ومن على رأيه فالأمر فى شروط اللعان يختلف لأن اللعان عندهم أيمان مؤكدات بالشهادات .. فيلزم ذلك أن اللعان يملكه من كان أهلاً لليمين ، وهو من يملك الطلاق .. حيث أن كل من يملك الطلاق يعتبر أهلاً للعان ، ولا تشترط عندهم أهلية الشهادة .

([1]) الزيلعي والشلبى جـ٣ ص١٦ – الهداية وفتح القدير جـ٣ ص٢٤٧-٢٤٨ – تنوير الأبصار وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٠٧ ، ٨٠٨ – الجوهرة جـ٢ ص١٤٧ (وفيها أنها لو لم تطالبه وسكتت لا يبطل حقها ، ولو طالت المدة ، لأن طول المدة لا يبطل حد القذف ولا القصاص ولا حقوق العباد) – الاختيار جـ٢ ص٢٢٧ وفيه أنه لابد من طلبها لأن الحق لها ، كما فى حد القذف .
(انظر د. عبد العزيز عامر ص١٢٢).

([2]) التعزير د. عبد العزيز عامر فقرة ١٤ .
الجوهرة جـ٢ ص١٤٧-١٤٨ – الاختيار جـ٢ ص٢٢٧-٢٢٨ – الزيلعى والشلبى جـ٣ ص١٤ ، ١٦ – فتح القدير وشرح العناية جـ٣ ص٢٤٨-٢٤٩ – تنوير الأبصار وشارحه وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨٠٥-٨٠٦ – شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية ، لمحمد زيد الأبيانى بك جـ٢ ص٩ ، ١٠ .

وعلى ذلك يشترط للعان أن يكون الزوج عاقلاً حتى لو كان كافرا أو عبداً ، وكذلك الأعمى والأخرس والأصم والفاسق والمحدود في قذف ، والمسلم المتزوج من ذمية ، والذميان لو ترافعا إلينا . كما يشترط عندهم عفة المرأة ، وحصول الزوجية ، حتى ولو لم تكن موجودة وقت اللعان(1) .

وقال أحمد في رواية إسحق بن منصور : إن جميع الأزواج يلتعنون : الحر من الحرة والأمة إذا كانت زوجة ، والعبد من الحرة والأمة إذا كانت زوجة ، والمسلم من اليهودية والنصرانية .

وهذا أيضاً قول مالك وإسحق وسعيد بن المسيب والحسن وربيعة وسليمان ابن يسار .

والأساس في الاختلاف أن اللعان يجمع بين وصف الشهادة واليمين ، فمن غلب عليه حكم الشهادة قال إن اللعان يصح من كل من تصح شهادته ومن غلب عليه حكم اليمين قال أن اللعان يصح من كل من تصح يمينه .

وقال ابن القيم : اللعان يجمع الوصفين ، اليمين والشهادة ، فهو شهادة مؤكدة بالقسم والتكرار ، ويمين مغلظة بلفظ الشهادة والتكرار ، لاقتضاء الحال تأكيد الأمر(2) .

---

(1) فتح القدير جـ3 ص248 – شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية جـ2 ص10 – حاشية ابن عابدين جـ2 ص806 (قوله العفيفة] ، ذات لها صفة تغلب على الشهوة ، وفي الشريعة : امرأة بريئة من الوطء الحرام والتهمة) – شرح الكنز للزيلعي جـ3 ص15 وجاء فيه أن عند الشافعي تشترط أهلية اليمين ، وهو أن يكون ممن يملك الطلاق ، وأن هذا القول يؤدي إلى أن اللعان لا يقوم مقام حد القذف ، لأنه يؤدي إلى أن الإحصان ليس بشرط في المقذوف ، بل يشترط فيه أهلية اليمين لا غير – بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ2 ص101 وما بعدها .

(2) زاد المعاد جـ4 ص184 وما بعدها .

المبحث الرابع

اللعان واجب

اللعان لو طلب فهو واجب وليس اختيارياً ، فلو أبى الزوج يجبر على الملاعنة ، وحبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه ، فحينئذ يحد حد القذف .. حيث أنه قذف زوجته ولم يأت بأربعة شهداء .. وقد توافرت شروط الحد .. لأن اللعان قائم مقام الحد .

فلو لاعن الزوج ، تلاعن الزوجة أيضاً ، فإن أبت تجبر على ذلك وتحبس حتى تلاعن أو تصدقه ، فيندفع بذلك اللعان ، ولا تحد حد الزنى ، لأن تصديقها ليس بإقرار قصداً ، فلا يقوم مقام الإقرار ، وإن كررته أربع مرات(1) .

---

(1) الزيلعى والشلبى جـ٣ ص١٥-١٦ - الهداية وفتح القدير وشرح العناية وحاشية سعدى جلبى جـ٣ ص٢٤٧-٢٤٨ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ - الاختيار جـ٢ ص٢٢٧ - الجوهرة جـ٢ ص١٤٧-١٤٨ - التنوير والدر وابن عابدين جـ٢ ص٨٠٦-٨٠٨ . انظر د. عبد العزيز عامر ص١٢٥ .

الفرع الثانى

أثر اللعان

اللعان له آثار فى الفرقة وفى نفى النسب ، وسوف أعـرض الأول بإيجاز ثم أخص الثانى بالتفصيل لأنه أدخل فى موضوع هذا الكتاب .

المبحث الأول

أثره فى الفرقة

إذا حصل اللعان بين الزوجين فرق بينهما القاضى .. وهذه الفرقـة لا تقع إلا بحكم القاضى . فإذا لم يفرق الحاكم بينهما فلا تقع فرقة ، وبنـاء عليه تظل الزوجية قائمة ، فيقع طلاق الرجل على زوجته ، ويحصل بينهما التوارث إذا مات أحدهما .

وذلك عند أبى حنيفة وصاحبيه .

أما زفر فتقع عنده الفرقة باللعان لقول الرسـول ﷺ (المتلاعنـان لا يجتمعان أبداً) فتثبت الحرمة المؤبدة بالحديث حيـث أن نفـى الاجتمـاع يستلزم الافتراق ، وهو يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان ..

وعند الشافعى الفرقة تثبت بلعان الزوج .. لأن شهادة الزوج علـى الزوجة بالزنى أربع مرات .. فالظاهر أنهما لا يأتلفان .. فلا يكون فى بقاء النكاح فائدة فينفسخ النكاح كنسخه بالارتداد .

ويقول أبو حنيفة وصاحباه .. إن زفر يقول بحرمتها بلعانهما وليس لازم من هذه الحرمة وقوع الفرقة . وأما حجة الشافعى فـلا يلـزم عـدم الائتلاف بعد اللعن .. بل جائز وقوع الألفة بعد عداوة ، والذى يقـال : إن

ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف .. وهذا لا يوقع الفرقة ، فعليه أن يسرحها بإحسان .. وإلا فإنه يعتبر ظالماً ، فالقاضى يتولى ذلك عنه ، دفعاً للظلم .

ودل على رأى أبى حنيفة وصاحبيه أيضاً حديث ابن عمر أن النبى ﷺ لاعن بين رجل وامرأته ففرق بينهما وألحق الولد بأمه ، وهو مروى عن مسلم والبخارى ، وحديث عويمر بن الحرث العجلانى أنه لاعن امرأته عند الرسول ﷺ ، فلما فرغا من لعانهما قال : كذبت عليها إن أسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره الرسول ﷺ ، وهو مروى عن البخارى ومسلم وغيرهما .

ولو كانت الفرقة تقع باللعان لأنكر عليه الرسول ﷺ (1) ومذهب أبى حنيفة فى الفرقة هو مذهب أحمد فى إحدى الروايتين عنه وهى ظاهر كلام الخرقى ، وكذلك قال الثورى .

وقول زفر هو ما عليه مذهب أحمد فى إحدى الروايتين عنه ، فتبعاً لهذه الرواية لو تم لعانها وقعت الفرقة ، ولا يعتبر تفريق الحاكم . وهو قول مالك وعليه أصل الظاهر ، وكذلك قول الليث بن سعد فقيه مصر المعروف .

(1) الاختيار جـ٢ ص٢٢٨-٢٢٩ - الجوهرة المنيرة جـ٢ ص١٤٩ - الزيلعى والشلبى جـ٣ ص١٧-١٨ - الهداية وفتح القدير وشرح العناية وحاشية سعدى جلبى جـ٣ ص٢٥٣-٢٥٥ - تنوير الأبصار وشارحه وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨١٠-٨١١.

ويلاحظ أن الفرقة بتفريق الحاكم طلاق بائن عند أبى حنيفة ومحمد ، لأنها بتفريق القاضى ، كما فى العنين ، أما عند أبى يوسف والأئمة الثلاثة فإنه يثبت بينهما بالتفريق حرمة مؤبدة ، كحرمة الرضاع لحديث : (المتلاعنان لا يجتمعان أبداً) فإنها لا تكون طلاقاً بل فسخاً .

وقد قال جابر بن زيد ومحمد بن أبى صفرة ، وبعض فقهاء البصرة: إن اللعان لا تقع به فرقة مطلقاً .. وقالوا بأن الفرقة فى اللعان حكم لم تتضمنه آية اللعان ، وليس هو صريح فى أحاديث اللعان([1]) .

وتطرق آخرون فقالوا : إن الفرقة تحدث بمجرد القذف وهو قول أبى عبيد([2]) .

المبحث الثانى

أثر اللعان فى نفى النسب

لو كان اللعان بنفى الولد ينفى القاضى نسبه ، ويلحقه بأمه ، لأن المقصود باللعان نفى الولد .

وقد نفى الرسول ﷺ ولد امرأة هلال ، ولحقه بأمه . ويثبت نفى الولد ضمناً للقضاء بالتفريق احتجاجاً بحديث ابن عمر ، وفيه أن الرسول ﷺ فرق بينهما ، وألحق الولد بأمه .

وعند أبى يوسف يقول القاضى : قد فرقت بينكما ، وقطعت نسب هذا الولد عنك ، وألزمته بأمه ، لأن كل واحد منهما ينفك عن الآخر ، فلابد من ذكره ، ولو لم يقل ذلك لا ينتفى النسب عنه ، ولأنه ليس من ضرورة التفريق نفى النسب .

وانقطاع نسب الولد من الأب الملاعن بنفى الولد هو قول الجمهور ولكن رأى البعض أن الولد للفراش ، ولا ينفى باللعان أبداً ، وقالوا فقط

([1]) د. عبد العزيز عامر ص١٢٨ .

([2]) زاد المعاد جـ٤ ص٢٠٦-٢١٣ – بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ٢ ص١٠٦ .

بنفي الحمل ، فإن لم يلاعنها حتى ولدت لاعن لإسقاط الحد فقط ولا ينتفي الولد منه .

وهذا هو مذهب أبي محمد بن حزم .. فعنده لعان الرسول ﷺ كان لنفي الحمل ، فيجب الوقوف عند ذلك .. إلا إن كان يوقن بلا شك أن الولد ليس منه .

ويرد على ذلك أنه لا يتنافى كون الولد للفراش ، وبين نفي الولد باللعان .. فالفراش قد زال باللعان ، وحكم الرسول ﷺ بأن الولد للفراش كان عند تعارض الفراش ودعوى الزاني ، فأبطل دعوى الزاني وحكم بالولد لصاحب الفراش ، ولكن هنا صاحب الفراش ينفي الولد ، فكيف مع نفيه يعتبر بقيام الفراش .

وقال ابن القيم عن الحكم بنفي الولد نتيجة اللعان : إنه هو الحق ، وهو أجل فوائد اللعان(1) .

---

(1) زاد المعاد جـ٤ ص٢١٣-٢١٥ وقد جاء به أن مذهب ابن حزم ضد مذهب من يقول إنه لا يصح اللعان على الحمل حتى تضع كما يقول أحمد وأبو حنيفة . والصحيح صحته على الحمل ، وعلى الولد بعد وضعه . كما قاله مالك والشافعي . وبه أيضاً أنه إذا لاعن لمجرد نفي الولد مع قيام الفراش ، بأن قال مثلاً : لم تزن ولكن ليس هذا الولد مني : فإن فيه قولان للشافعي وهما روايتان منصوصتان عن أحمد :
إحداهما : أنه لا لعان بينهما ويلزمه الولد ، وهو اختيار الخرقي .
الثانية : له أن يلاعن لنفي الولد ، فينتفي عنه بلعانه وحده . وهذا اختيار ابن تيمية . وقال ابن القيم بأن هذه الرواية صحيحة ، وقال أيضاً :- إنه لا يمكن القول بأن نفي الولد من الملاعن مخالف لحكم الرسول ﷺ بأن الولد للفراش ، لأنه ﷺ حكم بالولد للفراش لأن صاحب الفراش ادعاه ، فرجح دعواه بالفراش ، وجعل له ، وحكم بنفيه عن صاحب الفراش حيث نفاه عن نفسه ، وقطع نسبه منه ، وقضى أن لا يدعى لأب.

وكون الولد المنفى باللعان يلحق بأمه يعتبر حكماً زائداً على إلحاقه بها مع ثبوت نسبه من أبيه ولكن اختلف الفقهاء في هذا الحكم الزائد كما يلي :-

١- قال أبو حنيفة ومالك والشافعي : الإلحاق بالأم يفيد قطع توهم انقطاع نسبه من الأم كما انقطع نسبه من الأب .

٢- وقال أحمد : عنده أن نسب الولد المنفى باللعان من الأب يتحول من أبيه لأمه ، فتقوم هي مقام الأب .. فهي عصبته ، وعصباتها عصبته ، وينبني على ذلك أنه لو مات حازت الأم ميراثه .

وقول أحمد هو قول عبد الله بن مسعود ومذهب إسحق بن راهويه ، ومروى عن سيدنا على كرم الله وجهه .

وقال ابن القيم : أن هذا الرأى هو الصحيح ، وهو الذى يدل عليه القرآن الكريم ، وتدل عليه السنة الصحيحة ، وقال إنه روى عن أهل السنن الأربعة عن الرسول ﷺ قال : (تحوز المرأة ثلاثة مواريث : عتيقها ، ولقيطها ، وولدها الذى لاعنت عليه) وروى هذا الحديث أحمد بن حنبل .

وروى أبا داود في سننه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ أنه جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ، ولورثتها من بعدها([1]).

([1]) زاد المعاد جـ٤ ص٢١٥-٢١٦ وبه أنه لا يعترض على القول الذى رجحه ابن القيم بحديث سهل الذى رواه مسلم فى صحيحه فى قصة اللعان . وفى آخره « ثم جرت السنة أن يرث منها وترث منه ما فرض الله لها) لأن تعصيب الأم لا يسقط ما فرض الله تعالى لها فى القرآن العظيم . وغاية ما يقال : إنها تكون وارثة بالفرض ووارثة بالتعصيب ، حكمها حكم الأب فى حالات فهى تأخذ فرضها المنصوص عليه شرعاً ، وإن بقى من ميراث ولدها المنفى عن زوجها الذى لاعنها شيء أخذته بالتعصيب . وهذا فيه إعمال لكل الآثار .

شروط النفى :

لكى ينتج النفى أثره من نفى نسب الولد عن الملاعن وإلحاقه بأمه يجب أن تتوافر شروط النفى وهى كما يلى :-

١- ألا يكون الزوج قد اعترف بالولد قبل النفى .. لأنه لو كان ذلك لكان إقراراً صريحاً منه بنسب الولد ، فلا يمكن نفيه بعد ذلك(١) .

٢- حصول النفى فى الوقت الذى يقبل فيه التهنئة بالمولود ، أو ابتياع آلة المولود كالمهد وغيره .. أو تقبل فيه الهدية ، فلو حصل النفى بعد ذلك ، لا يصح .

والقذف موجود فى الحالتين ، فيلاعن بينهما .

وعند أبى يوسف ومحمد يصح النفى مدة النفاس .. لأن الفاصل بين المدة القصيرة والمدة الطويلة مدة النفاس .. لأن هذه المدة كحال الولادة .. حيث الوالدة لا تصلى فيها ولا تصوم ، والنفاس أثر الولادة .

وعند أبى حنيفة يمكن نفى الولد بعد الولادة مباشرة بالإجماع .. وإن لم يُنفى حتى طالت المدة لم يكن له نفيه الإجماع .

فلابد من حد فاصل بين المدة الطويلة والمدة القصيرة .

وإذا سكت الزوج عن نفى الولد باللعان إلى أن تمضى مدة التهنئة فيه إقرار منه بأن الولد له .. ولا معنى لتقدير هذه المدة ، لأن الزمان للتأمل ، والدلالة قد توجد فى زمن قصير وقد لا تكون فيه ، وهى تختلف باختلاف

(١) الجوهرة جـ٢ ص١٥١ - ابن عابدين جـ٢ ص٨١١ - الفتاوى الهندية جـ٢ ص١٥٠ .

الأشخاص والزمان والمكان ، فناسب ذلك تفويضه إلى رأى من لاح له بذلك ، وجاء فى الجوهرة أنه مفوض إلى رأى الإمام ، وهذا فى ظاهر الرواية .

وقد ذكر الليث عن أبى حنيفة التحديد بثلاثة أيام من الولادة .

وروى الحسن عن التحديد بسبعة أيام من الولادة ، لأن هذه هى مدة العقيقة .

وقيل بالمدة لأنه لابد منها للتأمل .. حتى لا يكون النفى بغير حق ، وحتى لا يقع فى استلحاق غير ولده به .. حيث أن كليهما حرام .

وقد قال الرسول ﷺ (أيما امرأة أدخلت على قوم زوجها من ليس منهم فليست من الله فى شيء ، ولن يدخلها الله جنته ، وأيما رجل جحد ولده ، وهو ينظر إليه ، احتجب الله منه يوم القيامة ، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين) .

وقال السرخسى أن تحديد المدة بالرأى لا يجوز ، وكان القياس أن النفي لا يجوز إلا فور الولادة ، والتحديد عبرة لا دليل عليه(1) .

---

(1) من كتب الشيعة : البحر الزخار جـ3 ص257 وجاء فيه أنه عند أبى طالب وأبى العباس : إن ترك النفى عند العلم بالخيار لحق ولا نفى .
وعند الإمام يحيى والشافعى خياره فورى فلا تراخى إلا بقدر ما يلبس أو ينتقل أو يسرج دابته أو يأكل أو يصلي أو يحرز ما يخشى ضياعه أو يجهز ميتة ونحو ذلك ، ثم يأتى الحاكم للنفى ، إذ مثل ذلك ليس بتراخ عرفاً .
وفى قول للشافعى إن له ثلاثة أيام بعد الولادة وليست تراخياً .
وعند أبى حنيفة أن القياس الفور والاستحسان يسوغ التراخى يوماً أو يومين لينظر فى أمره وعن سبعة أيام ليكمل التأمل .
وعند عطاء بن أبى رباح ومجاهد أنه على التراخى ما لم يقر به ، إذ دليل التخيير لم يعتبر الفور .

ولو كان الزوج غائباً ولم يعلم بالولادة إلا عند عودته .. فإن حساب المدة فى كلا الاتجاهين لدى أبى حنيفة وصاحبيه ، أن قدر مدة النفاس عندهما ، وقدر مدة التهنئة عنده ، يعتبر من حين العلم بالولادة .. فحالة العلم تعتبر كحالة الولادة من حيث بدء المدة ، فكأنها ولدته يوم العلم بالولادة .

وروى عن أبى يوسف أنه فرق بين أن يكون القدوم :

(ب)	(أ)
بعد أن تمضى مدة الفصال	**قبل أن تمضى مدة الفصال**
ليس له نفي الولد .. لأنه لو قيل بجوازه لجاز إلى الشيخوخة ، ولأن الولد ينتقل عن غذائه الأول ويخرج عن حالة الصغر.	له نفيه إلى أربعين يوماً من وقت القدوم ، حيث أن قبل الفصال كمدة النفاس ، إذ أن الولد لم ينتقل عن غذائه الأول([1])

والحقيقة أن هذه التفرقة لا مجال لها لأن صغر السن وكبره لا ينبغى أن يكون له أثر فى حق النفى ، ولا يعقل أن يوجد هذا الحق والولد صغير

= وقال صاحب البحر الزخار إنه شرع لرفع الضرر فاقتضى الفورية ، ولا وجه لتراخى الثلاث ونحوها ، إذا لا دليل على التقدير بذلك إلا ما لا يعد تراخياً كما قدمنا. وفيه أيضاً أنه لا نفي بعد الإقرار أو السكوت حين العلم به ، لأن هذا رجوع عن الإقرار بحق آدمى ، فلا يصح .

([1]) الزيلعى والشلبى جـ٣ ص٢٠ ، ٢١ – تنوير الأبصار وشارحه وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨١١-٨١٢ – الجوهرة النيرة جـ٢ ص١٥١ – الاختيار جـ٢ ص٢٣٠ – الهداية وفتح القدير وشرح العناية جـ٣ ص٢٦٠-٢٦١ – الفتاوى الهندية جـ٢ ص١٥٠ .

ولا يوجد وهو كبير حيث أن العلة واحدة في الحالتين ، ولا يسوغ أن يلحق به الولد لو كبر دون أن يُمكّن من نفيه لمجرد أنه كبر .

وقد سبق القول بأن حالة العلم تعتبر كحالة الولادة ، فمتى علم ، مهما طالت المدة بعد الولادة ، يعتبر كأنه مولود وقت العلم ، وكونه علم أو لم يعلم مسألة إثبات ، ومتى ثبت عدم علمه إلا في وقت معين ، وكان غائباً ، فيلزم تمكينه من النفي لافتراض حصول الولادة وقت العلم ، فيبدأ حق النفي من هذا الوقت([1]) .

وبناء على ذلك فلو قبل التهنئة وسكت أو اشترى لوازم الولادة ولم ينفي فالنفي لا يصح ، لأن سكوته يعد إقراراً بالولد دلالة بالولد فلا يكون نفي بعد ذلك لأنه لو فعل ذلك يكون ساعياً لنقض ما تم على يديه ، فيعود سعيه عليه ، ويثبت النسب على الرغم من اللعان والتفريق لأن النسب ينفك عن التفريق([2]) .

الخلاصة : يجب ألا يكون من ينفي الولد قد أقر بنسبه صراحة أو دلالة في مدة النفي ، فلو أقر به صراحة أو دلالة فلا يصح النفي ، ويثبت النسب رغم تفريق القاضي بين الزوجين باللعان .

– وحكم بأن نفي نسب الولد حال قيام الزوجية لا يصح إلا في وقت الولادة ، أو شراء أدواتها ، أو في أيام التهنئة به حسب العرف ، أو حين العلم بالولادة إن كان الزوج غائباً ، بشرط الملاعنة أمام القاضي والتفريق بينهما .

([1]) د. عبد العزيز عامر ص١٣٣ .

([2]) المرجع السابق .

وأنه تطبيقاً لما تقدم لا يقبل من الزوج نفى نسب الولد فـي دعـوى نفقة بعد إعلانه بها بأشهر ، بحجة إقامته فى جهة غير التى تقيم بها الزوجة من قبل الولادة بسنة ، متى ثبت إمكان التلاقى فى فترات سابقة على الحمـل ، وأنه لا يقبل منه طلب تكليفه إثبات عدم التلاقى بينهما ، أو تحليل دمـه ودم الولد ، حيث لا موجب له مع سبق ما ذكره من قيام الزوجية ، إذ أن الولـد للفراش([1]) .

- وحكم بأن المنصوص عليه شرعاً أن نفى نسب الولـد لا يقطـع النسب إلا بشروط ، ومنها : أن يكون النفى عند الـولادة أو التهنئـة ، وألا يسبقه إقرار بالنسب نصاً أو دلالة . فإذا شهد الـشهود بحـصول الـزواج والمعاشرة الطويلة لحين وفاة الزوجة ، وقدمت خطابات بتوقيعه يعترف فيها بالبنوة ، كان هذا إقراراً صحيحاً بالبنوة ينهار معه كل شيء يراد بـه نفـى نسب ذلك الولد ومن يليه من أولاد إلى حين التفرقة . وبأن هذه المعاشرة لأم معاشرة زوجية مشروعة ، حملاً لحال المؤمن على الصلاح ، ولأن الـدين الإسلامى لا يقر معاشرة سواها([2]).

- وحكم بأن سكوت والد الصغير عن الطعن على شهادة ميلاد ولـده ، مع تمكنه من ذلك ، قرينة واضحة على صحة ثبوت نسبه منه ، وأن نفـى الأب نسب ولده فى غير الأوقات المنصوص عليها شرعاً لا يعول عليـه .

([1]) بنى سويف الإبتدائية الشرعية - المحاماة الشرعية ، س١٥ ، الأعداد ١-٣ ، ص٦١ ، رقم ٧ .

([2]) محكمة الضواحى الشرعية . وقد تأيد استئنافياً فى ١٩٤٠/٢/١٢ - المحاماة الـشرعية ، س١٢ ، ص٩٣ ، رقم ٣٣ .

والأنساب يحتاط فى إثباتها ما أمكن ، وهى ليست محلاً لتلاعب أو استهتار([1]) .

- وحكم بأن مخالطة المدعى عليه للمدعية بعد الوضع ، وسكوته على ذلك مدة تمكنه من رفع دعوى نفى النسب ، قرينة على ثبوت النسب([2]) .

٣- ألا يكون قد أقر بالبعض لو كان المولود أكثر من ولد ، لأن الإقرار بالبعض إقرار بالكل ، لأنها من ماء واحد([3]) .

([1]) أسيوط الشرعية الإبتدائية فى ١٧ ربيع الأول سنة ١٣٦٦ (١٩٤٧/٢/٨) . وقد تأيد استئنافياً . المحاماة الشرعية ، س٢١ ، العددان ٧-٨ ، ص٤٠٥ ، رقم ٧٨ .

([2]) تلا الجزئية الشرعية ١٤ شعبان سنة ١٣٧٣ (١٩٥٣/٤/٢٨) المحاماة الشرعية ، س٢٥ ، الأعداد ١-٣ ، ص٩١ ، رقم ٢٢ . وقد تأيد هذا الحكم استئنافياً .

([3]) يعرف الفقهاء التوأمين بأنهما اللذين خلقا من ماء واحد فى زمن حمل واحد . فإذا ولد الثاني عقب الأول أو بعده بمدة تقل عن ستة اشهر فهما توأمان ، لأنه لا يتصور أن يكون الثاني من ماء آخر مادام أنه لم تجتمع له أقل مدة الحمل . فإذا نفى الأول منهما وأقر بالثاني حد لنفيه الأول ، لأنه أكذب نفسه فى هذا النفى لما أقر بالثانى ، إذ هما من ماء واحد ، ويثبت نسب الأول لأن الحمل الواحد لا يجوز أن يثبت بعض نسبه دون البعض ، لأنهما حمل واحد . فهما كالولد الواحد .

وإذا أقر بالأول ونفى الثانى فإنه يلاعن بينهما لأن بنفى الثانى صار قاذفاً للزوجة ، وهو بهذا النفى لم يكذب نفسه فيجب اللعان .

ويثبت نسب الولد الذى نفاه ، لأن الأول ثبت نسبه بالاعتراف فلا يصح نفيه للثانى لأنهما من ماء واحد ، ولأن النفى للثانى يعتبر منه رجوعاً عن الإقرار بالأول ، ولا يصح رجوعه عن الإقرار الأول ، فيثبت النسب ، ولا ينفع النفى . ويؤخذ مما تقدم أنها إن ولدت ولدا فنفاه ولاعن ، ثم ولد آخر بعده بيوم أو لأقل من ستة أشهر ، فإنه يلزمه الولدان ، لأن قاطع النسب وهو اللعان لم يوجد فى حق الولد الثانى ، لأنها لم تعد زوجته ، فلا يجوز نفيه ، فيثبت نسبه ، ومن ضرورة ذلك ثبوت نسب الأول ، لأنهما من ماء واحد ، وثبوت البعض فيه ثبوت للكل . أما اللعان فماض لأنه يقبل الفصل عن انتفاء النسب. =

فالنفى لا يصح عند الحنفية لو أقر بأحدهما لاتحاد الماء بينهما ، فيجب عندهم لصحة النفى فى أحد التوأمين أن يستمر على النفى فى الآخر ، وإلا لزمه الاثنان ، ولم يصح النفى .

وعند مالك : النفى لأحدهما يستتبع النفى للثانى ، فلو نفى الأول يصح ، ويتبعه الثانى.

وعند الشافعى : يتمكن من نفى الثانى باللعان ، ويبقى نفى الأول على ما هو عليه .. أما لو لم ينفى الثانى فيثبت نسب الأول منه لثبوت نسب الثانى([1]) .

- (تنوير الأبصار وشارحه وابن عابدين جـ٢ ص٨١٣-٨١٤ - الهداية وفتح القدير وشرح العناية جـ٣ ص٢٦١-٢٦٢ - الزيلعى والشعبى جـ٣ ص٢١ - الجوهرة جـ٢ ص١٥١-١٥٢) وما تقدم هو مذهب أبى حنيفة .
(انظر د. عبد العزيز عامر ص١٣٥) .

([1]) عند مالك ينتفى نسب الولد الثانى بنفى الأول ، فلا يثبت لأن الولد الأول انتفى نسبه منه باللعان ، والحمل الذى كان قائماً وقت ولادة الأول هو والولد الثانى من ماء واحد ، لأنهما توأمان فيلزم من نفى الأول نفى الحمل الذى حدث منه الثانى .
أساس هذا الرأى عند مالك أن الحمل عنده يصح نفيه خلافاً لأبى حنيفة . وعند مالك أن نسب الولد الثانى لا يثبت منه إلا إذا ادعاه ، ولم يصرح إنه من الزنى ، فيكون نسبه منه ثابتا بالدعوة ، ومادام أن نسب الثانى قد ثبت منه فإن نسب الأول يثبت منه ضرورة لأن الاثنين من ماء واحد ، فلا يعقل أن يثبت نسب أحدهما منه دون الثانى . لكنه يحد حد القذف ، إن كانت المرأة ممن يحد قاذفها لأن بادعائه الولد الثانى يكون قد أكذب نفسه فى نفيه للأول فيحد لذلك .
وعند الشافعى أن الولد الثانى لا ينتفى نسبه منه إلا باللعان ولا يشترط فى اللعان عنده قيام للزوجية بل يكفى وجودها ، ولو باعتبار ما كان . فإن لم ينفه وسكت أو ادعاه ، -

وأميل مع البعض([1]) لرأى الإمام مالك ، لما بنـــى عليــه ، ولأن ولادة الثانى لأقل من ستة أشهر تأكد قيام الحمل ، فيتبع الولد الأول ، لاتحـــاد المـــاء ويأخذ حكمه ويسرى عليهما النفى الذى ترتب على عدم ثبوت النسب باللعان.

ولا يقال إن نفى الحمل غير معتبر ، والمعتبر هو نفى الولــد بعــد الوضع ، لأن السبب الأساسى عند أبى حنيفة وزفر فى عدم اللعـــان بنفـــى الحمل هو عدم تيقنه ، ولذلك قال الصاحبان إنه إن جاءت به لأقل من ســتة أشهر فهو قاذف ويلاعن لتيقن وجود الحمل عند القذف([2]) .

٤- يجب لصحة النفى كون الولد حياً وقت التفريق ، فلو مات قبــل النفى أو بعده وقبل التفريق لا يصح نفيه ، لأنه بالموت قد انتهى واســتغنى عن النفى فلا يمكن نفى الميت . ولأن النفى حكم على الولــد ، والميــت لا يحكم عليه إذا لم يحضر له خصم ، ولا يتصور خصم عن الميت هنا .

ويستوى كونه ولداً واحد ونزل ميتاً أو مات قبــل التفريــق ، أو أن يكون أكثر من ولد فماتوا ، أو مات بعضهم وذلك لنفس السبب المتقدم ، ولا ينتفى الحى كذلك ، لاتحاد الماء ، وعند محمد يلاعن بينهما لوجود القذف ،

= يثبت نسبه. ومن ضرورة ذلك أن يثبت نسب الأول ، الذى انتفى نسبه قبلا باللعان، وذلك لاتحادهما مادة ، إذ هما من ماء واحد . لكنه يحد حد القذف إن اعترف بالثانى صراحة ، بشرط أن تكون المرأة ممن يحد قاذفها ، وذلك لأنه يكون قد أكذب نفسه فى النفى الأول لاتحاد الماء على ما بينا .

(شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية ، جـ٢ ص٧) .

(انظر د. عبد العزيز عامر ص١٣٦) .

([1]) د. عبد العزيز عامر ص١٣٦ .

([2]) تنوير الأبصار وشارحه وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨١٢-٨١٣ - الاختيار جـ٢ ص٢٣٠ - الجوهرة جـ٢ ص١٥٠-١٥١ - الزيلعى جـ٣ ص٢٠ .

واللعان يقبل الفصل عن نفى الولد ، لأنه مشروع لقطع الفراش ، ويثبت النفى تبعاً له إن أمكن .

وعند أبى يوسف لا تلاعن لأن القذف أوجب لعناً يقطع النسب ، فإذا مات ما هو المقصود من اللعان حال انعقاد السبب لا يثبت بعد ذلك .

وجاء في الجوهرة : إن اللعان عند أبي يوسف يسقط ، لأن المقصود به نفى النسب ، وقد تعذر ذلك بموته ، فلم تكن فى اللعان فائدة .

وعند محمد اللعان لا يسقط ، لأنه ينفرد عن نفى النسب .

وعند مالك والشافعي وأحمد له أن يلاعن لنفى نسب الميت درءاً لحد القذف ومنعاً لإرثه منه لو مات عن مال بهبة أو وصية أو نحوهما ، ولأن الولد الميت ينسب إليه ، فله نفي هذا النسب عنه ، وعليه تجهيزه وتكفينه ، فيسقط هذه التكاليف عنه ، وقد يكون للميت ولد ، فله نفى الميت حتى ينتفى ولده عنه .

بناء علي ذلك ، فشرط كون الولد حياً وقت التفريق يعتبر شرطاً عند أبي حنيفة ولا يعد شرطاً عند باقى الأئمة(1) .

وأرى مع البعض(2) أن الولد بولادته تكون له أهلية وجوب له وعليه ، ويجب له تكاليف دفن وغير ذلك .. فلا يقال أنه بالوفاة لم يعد يحتاج لنفيه لأن الوفاة لا تتلاشى معها آثار ذلك الولد الذى توفى ، فكان الأنسب أن يُنفى

---

(1) الجوهرة جـ٢ ص١٥١-١٥٢ – الزيلعي والشلبى جـ٣ ص٢١ – فتح القدير جـ٣ ص٢٦٢ – تنوير الأبصار وشارحه وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨١١-٨١٤ – المغنى لابن قدامة جـ٩ ص٤١ – شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية جـ٢ ص٦ – الفتاوى الهندية جـ٢ ص١٥٠ .

(2) د. عبد العزيز عامر ص١٣٨ .

كما يُنفى الحي ، والنسب شيء معنوى لا يمحوه الموت ، فالناس تنسب للأموات وتنسب الأموات للأموات والأحياء ، فكيف يكون الموت مانعاً من نفي نسب الولد الذى توفى .

- وحكم بأنه إذا لم يكن الولد المنفى نسبه حياً وقت التفريق لا تسمع دعوى نفى النسب . وقالت المحكمة فى حكمها إن دعوى نفى النسب غير مسموعة شرعاً ، لأن المدعى قدمها بتاريخ ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٧ ، وثابت باعترافه ومن شهادة الوفاة المقدمة أن الولد المطلوب نفى نسبه توفى بتاريخ ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٧ ، والمنصوص عليه شرعاً أن من شروط نفى نسب الصغير حياة الولد وقت التفريق(١) .

٥- يشترط كذلك لنفى النسب ألا يكون قد حكم بثبوت النسب شرعاً. ومثال الحكم بثبوت النسب أن تكون قد ولدت ولداً انقلب على رضيع فمات الرضيع فارتفع الأمر إلى القاضى فحكم بالدية على عاقلة الأب . فإن نفى الأب نسب هذا الولد عنه فإن هذا النفى لا ينتج نفى النسب ، ويلاعن القاضى بينهما . ذلك لأن القضاء بالدية على عاقلة الأب قضاء ضمنى بثبوت النسب بالنسبة للولد ، لأن الحكم على العاقلة لا يصدر إلا بعد أن يتثبت القاضى من أن هذه العاقلة هى عاقلة الجانى ، والصلة بين الولد وهذه العاقلة هو الأب ، ومادام الأمر كذلك فلا يتصور بعده النفى ، لأنه يعارض حكماً قضائياً غير قابل للنقض والبطلان ، وهذا لا يجوز(٢) .

---

(١) محكمة الضولحى الجزئية الشرعية – تأيد استئنافياً فى ١٩٣٨/١٢/٢٢ – المحاماة الشرعية ، س١٠ ، العدد ٣ ، ص٢٦٠ ، رقم ٦٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨١١-٨١٢ الدر المختار على هامشها ص٨١٥ – الفتاوى الهندية جـ٢ ص١٥٠ .

- وعند الحنفية لو مات الزوج أو الزوجة أو كلاهما قبل اللعان أو بعده وقبل الحكم بالتفريق فإن النفى لا يصح ، حيث أنه يشترط فى النفى أن لا تحصل وفاتهما أو وفاة أحدهما قبل اللعان أو بعده . وقبل التفريق ، لأن اللعان لم يتم ، ونفى الولد لا يتم إلا بتمام اللعان . فلا يكون هناك نفى معتبر([1]) .

وجاء فى المغنى أنه لو قذفها ثم مات قبل اللعان أو قبل إتمامه سقط اللعان ولحقه الولد فى قول الجميع . لأن اللعان لم يوجد ، فلم يثبت حكمه .

وإن مات بعد أن أكمل اللعان وقبل لعانها فالحكم كذلك . إلا أن الشافعى يقول أنها تبين بلعانه . ويسقط التوارث . وينتفى الولد ، ويلزمها الحد إذا لم تلتعن .

ورد عليه فى المغنى أيضاً بأنه لو مات قبل إكمال اللعان أشبه ما لو مات قبل اكتمال التعانه ، وذلك لأن الشرع رتب الأحكام المذكورة على اللعان التام ، والحكم لا يثبت قبل كمال سببه .

- ولو ماتت المرأة قبل اللعان فقد ماتت على الزوجية ويرثها زوجها فى قول عامة الفقهاء .. ولكنه روى عن ابن عباس أنه لو التعن لم يرث . ونحو ذلك عن الشعبى وعكرمة ، لأن اللعان يوجب فرقة تبين بها ، فيمنع التوارث كما لو التعن فى حياتها .. ورد على ذلك فى المغنى أنها ماتت على الزوجية فورثها ، كما لو لم تلتعن . لأن سبب الفرقة هو اللعان وهو لم يحصل ، وهو يفارق اللعان فى الحياة ، إذ الأخير يقطع الزوجية .

([1]) شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية جـ٢ ص٨ .
(انظر د. عبد العزيز عامر ص١٣٩) .

مدى نفى النسب من الزوج :

إذا حصل اللعان بحكم القاضى بالتفريق بين الزوجين ، ونفى نسب الولد عن الزوج – لو كان القذف بنفى الولد – وألحقه بأمه .

هل هذا النفى على إطلاقه أم أنه مقيد ؟

أى هل تستتبع الحكم بنفى الولد زوال أحكام النسب كلها ، أم تبقى بعضها ؟

١- يترتب على نفى النسب ارتفاع أحكام النسب فيما يتعلق بالميراث والنفقة :

<u>الإرث</u>	<u>النفقة</u>
لا توارث بينهما .. يعنى عدم اعتبار قرابة الأبوة فى الإرث . فلو مات المنفى عن مال فلا يرثه من نفاه ولا يرثه أحد عن طريق قرابة الأبوة .	لا تجب بين النافى والمنفى نفقة الآباء على الأبناء ، ولا نفقة الأبناء على الآباء .

وقد ارتفعت أحكام النسب فى هاتين الحالتين لأن النفى إهدار لعلاقة الأبوة والبنوة فيهما ، وارتفاع حكم الإرث والنفقة ثمرة طبيعية لنفى النسب عن الثانى .. ولأن هذين الأثرين يتعلقان بحقوق مالية ، ولا يتعلقان بحل أو حرمة .. فيرتفعان حتى ولو كان المنفى ابن الثانى حقيقة([1]) .

٢- جميع أحكام النسب فيما عدا هاتين الحالتين تظل باقية رغم نفى

([1]) د. عبد العزيز عامر ص١٤١ .

النسب فتظل أحكام النسب باقية فى حق الشهادة والزكاة والقصاص والنكاح وعدم اللحاق بالغير .

أولاً : الشهادة : لا تجوز شهادة أحدهما للآخر .. لأن شهادة الأصول للفروع والعكس لا تقبل.

ثانياً : الزكاة : لا يجوز صرف زكاة أحدهما للآخر .. لأن الزكاة حق للأجنبى الفقير .

ثالثاً : القصاص : لا يقتص من الملاعن إذا قتل الولد الذى نفاه لأنه لا يقتص من الأب لقتل ابنه عند أبى حنيفة ، لأن الأب سبب إيجاد الولد ، فلا يصح أن يكون الولد سبب إعدام الأب .. ولكن يعاقب تعزيراً(١) .

رابعاً : **النكاح** : لا يجوز للولد المنفى أن يتزوج إبنة من نفاه من زوجة أخرى ، ولو كان للملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى ، فلا يجوز للإبن أن يتزوج بهذه البنت .

خامساً : عدم اللحاق بالغير : لا يجوز لغير الملاعن أن يدعى الولد المنفى ، حتى ولو صدقه هذا الأخير .. **وهناك اختلاف بين الفقهاء فى هذا الحكم كالآتى :-**

قد نقل الدر المختار عن البهنسى فى شرحه على الملتقى أنه لا تصح دعوة غير النافى ، وإن صدقه الولد ، إلا أن يكون ممن يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن .

وقال فى الفتح : إنه مشكل فى ثبوت النسب ، إذا كان المدعى ممن

---

(١) د. عبد العزيز عامر التعزير فى الشريعة الإسلامية فقرة ٨٤ .

يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن ، لأنه مما يحتاط فى إثباته ، وهو مقطوع النسب من غيره ، ووقع اليأس من ثبوته من الملاعن ، وثبوت نسبه من أمه لا ينافيه[1] .

وأرى مع البعض[2] أن يفرق بين :-

حالة موت الملاعن	حالة عدم موت الملاعن
يمكن أن يدعى الولد شخص آخر ، لأنه لا يوجد أمل فى أن يعود الولد منتسباً إلى من نفاه ، وذلك لموته .	فيحتمل أن يكذب نفسه ، فيعود الولد للانتساب إليه ، ويجوز أن يدعيه للنافى ، لأن دعوة النافى تصح مطلقاً ، ولو كان المنفى كبيراً جاحداً لهذا النسب .

والقول بتصحيح دعوى غير الملاعن مطلقاً تأسيساً على أنه غير معلوم النسب ، لا يستقيم ، لأنه لو كان ذلك ، فإن احتمال أن يعود فيه الملاعن قائم ، ومع ذلك لا يسوغ تصحيح دعوى الغير على الإطلاق[3] .

---

(1) فتح القدير جـ٣ ص٢٦٢ – الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨١٥ .

(2) د. عبد العزيز عامر ص١٤٢ .

(3) أساس هذا الرأى هو أن العلة الوحيدة أو الأساسية لعدم لحوق ولد اللعان بالغير هى احتمال أن يكذب الملاعن نفسه فينسب له الولد المنفى من جديد . لكن إن قيل أن هناك علة مؤثرة أخرى هى أن ولد اللعان تبقى بينه وبين الملاعن رغم اللعان الأحكام التى تجرى بين الأب وابنه ، فيما عدا المالى منها ، فإن هذه العلة باقية حتى موت الملاعن ، وعلى ذلك فلا تكون التفرقة بين موت الملاعن وحياته ذات أثر فى المسألة ، ويكون عدم اللحاق بالغير ثابتاً على الإطلاق .
(انظر د. عبد العزيز عامر ص١٤٣) .

- وقد بقيت أحكام النسب كلها قائمة عدا الميراث والنفقة ، لأن الولد المنفى جاء وقت قيام الفراش .. حيث كل من الزوجين فراشاً للآخر كما يسمى لباساً . والنفى باللعان ثبت شرعاً على خلاف الأصل الذى هو ثبوت النسب بالفراش ، لحديث (الولد للفراش) ، وثبوت النفى على خلاف الأصل أن ظن النافى رغم كون الولد مولوداً على فراشه ، فيتحمل أن يكون الولد المنفى ابنه لوجود الفراش ، فبالتالى لا يظهر نفى النسب بالنسبة لباقى الأحكام ، بل ينسحب ذلك على الميراث والنفقة فقط([1]) .

مبادئ قضائية هامة فى إثبات النسب :

استقر القضاء على المبادئ الآتية فى إثبات النسب .

١- أن الأصل الاحتياط فى ثبوت النسب ما أمكن ، فيثبت مع الشك ، ويبنى على الاحتمالات النادرة التى يمكن تصورها بأى وجه ، حملاً لحال المرأة على الصلاح ، وإحياء للولد . ولذلك اعتبر النكاح فيه قائماً مقام الدخول ، ويثبت بالإيماء مع القدرة على النطق ، ويكون الإقرار به متعدياً إلى غير المقر إذا صدق معتدة الوفاة فى الولادة من الورثة رجلان أو رجل وامرأتان فإن الحكم بثبوت النسب يجب ، حتى يشارك الولد المصدقين والمكذبين ، وهذا استثناء من القاعدة العامة فى الإقرار ، وهى أن الإقرار حجة على المقر فقط دون غيره([2]) .

([1]) فتح القدير جـ٣ ص٢٦٢ - الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٨١٥ - الجوهرة النيرة جـ٢ ص١٥٠ - شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية جـ٢ ص١٠-١٢ .

([2]) أسيوط الابتدائية الشرعية ٣ ربيع الأول سنة ١٣٥٢ (١٩٣٣/٦/٢٦) . وهو مؤيد بالاستئناف من المحكمة العليا فى ١٩٣٣/١١/١٤ - المحاماة الشرعية - س٥ - العددان ٥ ، ٦ - ص٥١٠ - رقم ١٣٨.

٢- يتفرع على ذلك أنه إذا احتملت عبارة إثبات النسب وعدمه حرفت للإثبات .

- حكم بأنه متى أمكن صرف التعليق الوارد فى العبارة الشاملة للإقرار بالنسب إلى غير الإقرار به وجب المصير إلى القول بأن الإقرار بالنسب غير معلق ، ولزم به الحق بمجرد صدوره([1]) .

٣- والتناقض فى النسب مغتفر([2]) . والأصل أن التناقض فى الدعوى مانع من سماعها .

والتناقض فى الدعوى أن يسبق من المدعى كلام مناف للكلام الذى يقوله فى دعواه ، ومانع من سماعها لاستحالة ثبوت الشيء وضده([3]) .

= - أسيوط الإبتدائية الشرعية ١٥ جمادى الآخر سنة ١٣٥٥ (١٩٣٦/٩/٢) . وقد تأيد استئنافيا . المحاماة الشرعية - س٨ - الأعداد ١ ، ٣ - ص١٨٧ - رقم ٦١٠ .

وقد قرر أنه عند التعارض يقدم الإثبات الدال على النسب ، ونقل عن الهداية أنه إذا تعارض ظاهران فى ثبوت النسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه ، فيثبت بالإشارة والإيماء على القدرة على النطق حملاً لحال المسلم على الصلاح ، وصيانة للولد من الضياع .

- تلا الشرعية ١٤ شعبان سنة ١٣٧٢ (١٩٥٣/٤/٢٨) المؤيد استئنافيا - المحاماة الشرعية - س٢٥ - الأعداد ١ - ٣ ، ص٩١ ، رقم ٢٢ .

([1]) عابدين الشرعية ١١ ربيع الأول سنة ١٣٦٣ (١٩٤٤/٣/٦) - وقد تأيد استئنافياً فى ١٩٤٤/٦/١٨ - المحاماة الشرعية ، س١٦ ، العددان ٩ ، ١٠ ص٢٤٢ - رقم ٨٤ .

([2]) مصر الإبتدائية الشرعية - ٢٠ شوال ١٣٤٩ (١٩٣١/٣/١٠) - وقد تأيد بالإستئناف بتاريخ ١٩٣١/١٠/١٣ - المحاماة الشرعية ، س٣ ، العدد ٢ ، ص١٥٤ ، رقم٣٦.

([3]) مصر الإبتدائية الشرعية ٣٠ جمادى الآخر سنة ١٣٦٧ (١٩٤٨/٥/٩) - المحاماة الشرعية ، س٢٠ ، الأعداد ٤ - ٦ ص١٩٣ ، رقم ٤٠ .

وقد اتفق الفقهاء أن التناقض يمنع من سماع الدعوى إلا لو كان فى موضع خفاء فهو عفو . وأن النسب نوعان :

نوع مقصود لذاته	نوع غير مقصود لذاته
يدعى به دون حاجة لدعوى حق آخر مثل الأبوة والبنوة المباشرة .	المقصود طلب حق لا يتوصل إليه إلا بثبوت النسب مثل الأخوة والعمومة .
- التناقض فى هذا النوع مغتفر .	- التناقض هنا غير مغتفر([1]) .

- التناقض فى دعوى النسب للإرث يرتفع باتفاق الخصوم على ما انتهى إليه المدعى وصحح به دعواه مما يخالف ما ادعى به أولاً بالنسبة لسلسلة النسب المدعى الإرث بسببه .

مثال ذلك أن يدعى المدعى أنه ابن ابن ابن ولد عم والد المتوفى ، ثم يدعى أنه ابن ابن ابن عم والد المتوفى -- فمع أن الجهة الأولى غير الثانية ، فإن هذا التناقض يرتفع إذا وافق المدعى عليه المدعى على ما انتهى إليه فى دعواه([2]).

ويرتفع كذلك التناقض بترك المدعى ما يخالف ما يدعيه أخيراً([3]) .

([1]) الفقهاء اعتبروه من باب دعوى المال ، ولم يغتفروا فيه التناقض (مأمورية شبين الكوم الإبتدائية الشرعية ١٩٣٩/٥/٢٣ - المحاماة الشرعية ، س١٢ - الأعداد ١ - ٣ ، ص٢١ ، رقم ٦ .

([2]) العليا الشرعية ٢٨ ذو القعدة سنة ١٣٥٨ (١٩٤٠/١/٨) المحاماة الشرعية ، س١٢ ، الأعداد ١ - ٣ ، ص٢١ ، رقم ٦ .

([3]) مصر الإبتدائية الشرعية ٢٠ شوال سنة ١٣٤٩ (١٩٣١/٣/١٠) . وقد تم استئناف هذا الحكم وتأيد بتاريخ ١٩٣١/١٠/١٣ - المحاماة الشرعية - س٣ ، العدد ٢ - ص٥٤ - رقم ٣٦ .

ويرتفع أيضاً إذا أمكن التوفيق بين الكلامين . وعلــى ذلــك فقــول مدعى الوفاة والوراثة بأن سبب إرثه أنه ابن أخت المتوفى ، ثم قوله بعد ذلك إنه ابن ابن عمه الشقيق لا يعتبر تناقضاً مانعاً من ســماع دعــوى الوفــاة والوراثة ، لجواز اجتماع الصلتين معاً ، فقد يكون ابن أخت المتوفى ويكون أيضاً ابن ابن عمه([1]) .

ولا تناقض شرعاً بين إدعاء المدعى الجد الجامع فى نــسبه باســم يخالف اسمه فى حكم سابق([2]) .

لكن إذا لم يمكن التوفيق وبقى المدعى على دعواه ، وكان التناقض فيها ظاهراً لا شبهة فيه ، فإن دعواه لا تسمع للتناقض فى غير محل الخفاء.

مثال ذلك أن تقر المرأة بأنها لم تكن ذات فراش لأحد بعد طلاقها ، وبخلوها من الأزواج وعدتهم بعد ذلك الطلاق ، وبأنها ليس لها مــن تجــب نفقتها عليه سوى والدها فى مدة محدودة ، وبعدم حصول عقد زواج بينهــا وبين من تدعى الزواج به فى تلك المدة . كل هذه الأقارير تجعل دعواها بعد ذلك بالزوجية لمن تدعى عليه بالزوجية وبأنها رزقت منه بــأولاد ، غيــر مسموعة منها لتناقضها فى غير محل الخفاء ، وسعيها فى نقض ما تم مــن جهتها ، طبقاً للقاعدة الشرعية([3]) .

([1]) العليا الشرعية ٢٧ رجب سنة ١٣٦٦ (١٩٤٧/٦/١٦) المحاماة الــشرعية ، س١٩ ، الأعداد ١ – ٣ ، ص١٧ ، رقم ٤ .

([2]) العليا الشرعية ٢٩ ذو الحجة سنة ١٣٥١ (٢٤-٤-١٩٣٣) المحاماة الــشرعية ، س٤ ، العددان ٧ ، ٨ ، ص٥٤٨ ، رقم ٥٦١ .

([3]) مصر الإبتدائية الشرعية ٣٠ جمادى الآخر سنة ١٣٦٧ (١٩٤٨/٥/٩) – المحامــاة الشرعية ، س٢٠ ، الأعداد ٤ – ٦ ، ص١٩٣ ، رقم ٤٠ .

ومثاله أيضاً أن تقر المرأة بأن ولدها ليس من فلان ، فإنه مانع من سماع دعواها بعد ذلك ببنوة الولد منه للتناقض الظاهر بين الكلامين(1) .

الخلاصة : أن التناقض مغتفر فى النسب ، لأن الأصل أنه محل خفاء ، وهذا داخل فى باب الاحتياط فى ثبوت النسب إحياء للولد ، والتناقض لا يغتفر إذا ارتفع الخفاء ، ولم يمكن التوفيق بين الكلامين .

٤- تجوز فى النسب الشهادة بالشهرة والتسامع ، فالشاهد له أن يشهد بما لم يعاين فى النسب(2) .

- وقد حكم بأنه تكفى فى النسب الشهرة ، فالشهادة بالشهرة جائزة فيه . فإذا أطلق الشهود وقرروا أن هذا ابن الخصمين فلا مانع من ذلك ، وإن كان الشاهد لم يعاين الوضع ، كما يشهد بأن عمر بن الخطاب ، وهو لم يشاهد ذلك .

ونقل عن الفتح عن صاحب العمادية أن الشاهد لو قال فى شهادته على النسب والنكاح : أخبرنا بذلك من نثق فيه تقبل الشهادة . وقيل : هذا هو الأصح ، واختاره الخصاف(3) .

---

(1) الحكم السابق .

(2) شبرا الشرعية ٢٧ شوال سنة ١٣٥٩ (١٩٤٠/١١/٢٧) - تأيد فى الاستئناف - المحاماة الشرعية ، س١٢ ، الأعداد ٤ - ٦ ، ص٨١ ، رقم ٧٧ - وفيه أن الشاهد يشهد بما لم يعاين فى مسائل منها النسب والنكاح ، فإذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتاً وينبسط كل منهما إلى الآخر انبساط الأزواج جاز له أن يشهد بأنها امرأته .

(3) أسيوط الإبتدائية الشرعية ١٩٣٦/٩/٢ - تأيد استئنافياً - المحاماة الشرعية ، س٨ ، الأعداد ١ - ٣ ، ص١٨٧ ، رقم ٦١ .

- وحكم بأنه تقبل البينة على الزواج إذا كان مشهوراً ، ويترتب على إثباته جميع الحقوق الزوجية ، ولو لم يعرف العقد ولا تاريخه([1]) .

٥- دعوى النسب من حقوق الله ، فتسمع الشهادة بها ولو قالت أولاً: لا شهود لي . فأولى إذا كانت شهودها بعد مجالس الإثبات([2]) .

٦- تسمع البينة في دعوى النسب مع إنكار المدعى عليه الزوجية التي يستند عليها في إثبات النسب ، لأن هذه دعوى نسب لا دعوى زوجية ، فهي باقية على الأصل ، ولا يتطلب الأمر فيها ، عند الإنكار ، وجود وثيقة الزواج الرسمية([3]) .

([1]) دمياط الشرعية ٩ جمادى الأول ١٣٤٧ (١٩٢٨/١٠/٢٣) المحاماة الشرعية ، س١ ، عدد ٣ ، ص٣١٩ ، رقم ٦٨ .

([2]) محكمة المنيا الشرعية ٢٧ صفر سنة ١٣٥٥ (١٨-٥-١٩٣٦) المحاماة الشرعية ، س١٠ ، العدد ٢ ، ص١٧١ - رقم ٤٥ .

([3]) أصل المسألة أن المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ نصت في فقرتها الرابعة على أنه لا تسمع دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول اغسطس سنة ١٩٣١ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية عن هذه الفقرة ما نصه : « إن الحوادث قد دلت على أن عقد الزواج ، وهو أساس رابطة الأسرة لا يزال في حاجة إلى الصيانة والاحتياط في أمره ، فقد يتفق اثنان على الزواج بدون وثيقة ، ثم يجحده أحدهما ويعجز الآخر عن إثباته أمام القضاء ، وقد يدعي بعض ذوى الأغراض الزوجية زوراً وبهتاناً أو نكاية وتشهيراً ، أو ابتغاء غرض آخر ، اعتماداً على سهولة إثباتها بالشهود ، خصوصاً وأن الفقه يجيز الشهادة بالتسامع في الزواج . وقد تدعى الزوجية بورقة عرفية ، إن ثبتت صحتها مرة لا تثبت مراراً . وما كان لشيء من ذلك أن يقع لو أثبت هذا العقد دائماً بوثيقة رسمية ، كما في عقود الرهن وحجج الأوقاف ، وهي أقل منه شأناً ، وهو =

وقد تم تأكيد ذلك فى أحكام القضاء .

- فقد حكم بأن الإثبات فى النسب جائز بالشهادة ، ولو كانت الزوجية المدعاة بعد أول أغسطس سنة ١٩٣١ بغير وثيقة رسمية ، وأن هذا يتفق مع المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، لأن دعوى النسب باقية على حكمها المقرر شرعاً كما كانت قبل هذا القانون ، ولا يؤثر على هذا إنكار المستأنف زوجيته بالمستأنف عليها ، لأن النزاع فى النكاح صحة وفساداً ، بعد الولادة ، لا يمنع من ثبوت النسب([1]) .

- وحكم بأنه يثبت نسب الولد من زوجية مدعاة بعد أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، ولو لم يوجد بها وثيقة زواج . وأن المنع من سماع دعوى الزوجية بعد أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، إذا لم توجد وثيقة رسمية بها ،

= أعظم منها خطراً ، فحملاً للناس على ذلك ، وإظهاراً لشرف هذا العقد ، وتقديساً له من الجحود والإنكار ، ومنعاً لهذه المفاسد العديدة ، وصيانة للحقوق ، واحتراما لروابط الأسرة ، زيدت الفقرة الرابعة فى المادة ٩٩ التى نصها ... وبذلك أصبحت دعاوى الزوجية والإقرار بها لا تسمع عند الإنكار فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ بدون وثيقة رسمية فى حال حياة الزوجين ، أو بعد الوفاة ... وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعاً فى دعاوى النسب ، بل هذه باقية على حكمها المقرر ، كما كانت باقية عليه ، رغماً من التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة ١٠١ من اللائحة القديمة .

(انظر د. عبد العزيز عامر ص١٤٨) .

([1]) أسيوط الإبتدائية الشرعية ١٥ جمادى الأخر سنة ١٣٥٥ (١٩٣٦/٩/٢) المحاماة الشرعية ، س٨ ، الأعداد ١ - ٣ ، ص١٨٧ ، رقم ٦١ .

- تلا الجزئية الشرعية ١٤ شعبان سنة ١٣٧٣ (١٩٥٣/٤/٢٨) - وقد تأيد استئنافياً - المحاماة الشرعية ، س٢٥ ، الأعداد ١ - ٣ ، ص٩١ ، رقم ٢٢ .

قاصر على دعوى الزوجية لا يتعداها إلى سماع دعوى النسب للولد ، ولو كان من هذه الزوجية غير الثابتة بالوثيقة الرسمية ، وعلى ذلك فيسمع في دعوى النسب هنا كل الإثبات ، ولا يتوقف على وجود وثيقة الزواج ، كما هو حكم النفقة([1]).

([1]) المنيا الشرعية ٢٧ صفر سنة ١٣٥٥ (١٩٣٦/٥/١٨) المحاماة الشرعية س١٠ ، العدد ٢ ، ص١٧١ ، رقم ٤٥ .

الفصل السادس

الطرق الحديثة لإثبات النسب

الفرع الأول

تنازع النسب والقيافة

قد يثور تنازع النسب إيجابياً ، كما قد يثور سلبياً ، وقد يحدث هذا التنازع عمداً من جانب الأب والأم أو أحدهما .. ويتصور ذلك عند حدوث شقاق وفرقة بين الزوجين .. ثم تتزوج المرأة رجل آخر ، ثم تأتى بولد فى مدة يحتمل فيها حدوث الحمل من المطلق كما يحتمل حدوثه من الزوج الثانى .. فلو تمسك كل منهما بإثبات النسب منه كنا بصدد تنازع إيجابى ، ولو تمسك كل منهما بنفى النسب منه نكون بصدد تنازع سلبى .

وسأضرب مثلين أوضح فيهما كلاً من التنازع الإيجابى والسلبى :-

لو طلق الرجل زوجته بعد أن دخل بها .. وأقرت المطلقة بعد ٦٠ يوماً بإنقضاء عدتها - وهى المدة المقررة للعدة لذوات الحيض عند أبى حنيفة - ثم تتزوج رجلاً آخر ثم تأتى بالولد بعد زواجها الثانى ... فلو تنازع الرجلان نسب الولد فإننا نكون بصدد تنازع إيجابى ... ولكن لمن يكون حينئذ نسب الولد ... إلى أى منهما ...

قد يبدو الأمر سهلاً فى بعض الفروض .. كأن تأتى به الزوجة بعد الزواج الثانى لأكثر من ستة أشهر .. هنا ينسب الولد للزوج الثانى . أو عندما تأتى به الزوجة بعد الزواج الثانى لأقل من ستة أشهر .. ينسب الولد للمطلق .. وتعد الزوجة كاذبة فى إقرارها بإنقضاء عدتها .

ولكن لو أتت الزوجة بالولد بعد زواجها الثانى لأكثر من ستة شهور وكانت المدة المنقضية بين طلاقها والولادة أقل من سنه .. فى هذه الحالة .. لو ادعى كلا الرجلين الولد .. فلمن يكون ؟

طبقاً للمادة ١٥ من ق٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، ينسب الولد للمطلق حيث أن الولد جاء قبل مضى سنة على الطلاق ، وكذلك قد ينسب للزوج الثانى لأنه أتى لأكثر من ستة أشهر .. وهى أقل مدة للحمل ، فى هذه الحالة إذا نظرنا لرأى الحنفية والذى يفرق فى حالات نسب الولد وفى حالة تنازع النسب بين الزوج الأول والزوج الثانى للمعتدة أو المتوفى عنها زوجها بين أمرين ..

الأمر الأول	الأمر الثانى
حالة عدم علم الزوج الثانى أن المرأة فى عدة من طلاق أو من وفاة	حالة كون الزوج الثانى يعلم أنها فى عدة من طلاق أو من وفاة .

<u>فى الحالة الأولى : حالة عدم علم الزوج الثانى أن المرأة فى عدة من طلاق أو من وفاة :</u>

لو جاءت المرأة بولد بعد زواجها الثانى .. فإن نسب هذا الولد فيه تفصيل على التالى:-

أ- لو جاءت بالولد أثناء الزوجية ولأقل من سنة من وقت الطلاق أو وفاة الزوج الأول ، ولأقل من ستة أشهر من زواجها الثانى ، فينسب الولد للزوج الأول .

ب- لو جاءت بالولد لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، ولستة أشهر أو أكثر من زواجها الثانى ... يلحق الولد بالزوج الثانى .

جـ- إذا كانت الولادة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، ولأقل من ستة أشهر من زواجها الثانى ، فالولد لا ينسب لا للزوج الأول ولا للزوج الثانى .

د- لو كانت الولادة لأقل من سنة من طلاقهـا أو وفـاة زوجهـا ، ولستة أشهر فأكثر من زواجها الثانى ، اختلف الأحناف فى هذه الحالة ..

<u>الرأى الأول</u> .. ثبوت نسب الولد للزوج الأول وهذا رأى لا أساس له لأن الرجعة غير ثابتة .

<u>الرأى الثانى</u> .. ينسب الولد للزوج الثانى .. لأن زواج المرأة منـه إقرار ضمنى بإنقضاء عدتها من الزوج الأول فضلاً عن أن الولادة جـاءت لستة أشهر فأكثر من وقت زواجها بالزوج الثانى .

<u>الحالة الثانية : حالة علم الزوج الثانى أنها فى عدة :</u>

إذا تزوج رجل بامرأة عالماً أنها فى عدة غيره فالزواج يكون فاسداً لأنه يشترط لكون الزواج صحيحاً أن تكون المرأة المعقود عليها غير معتدة من زوج ثان ، فلو وقع الزواج رغم ذلك فالأحناف يذهبون إلى التفريق بين الرجل والمرأة وثبوت النسب .

- ما سبق كان بصدد التنازع الإيجابى .. أما التنازع السلبى .. مثل أن يطلق الرجل زوجته بعد الدخول بها .. ثم تقر بإنقضاء عدتها ، ثم تتزوج رجلاً آخر ، ثم تأتى بالولد لأقل من ستة أشهر من زواجها الثانى ولأكثر من سنة من طلاقها ، وادعى كلا الرجلين نفى نسب هذا المولود عنهما .. فهـذا يعنى أننا بصدد تنازع سلبى .

وقد يحدث تنازع النسب بشكل يتدخل فيه السلوك البشرى الإجرامى كما حدث فى الدعوى رقم ٢٢٥٩ لسنة ١٩٩٩ كلى شمال أحوال القاهرة([1]) . عندما ولدت فتاة منذ ما يقرب من عشرين عاماً فى مصر من أب مصرى وأم مصرية ، كما هو ثابت بالأوراق الرسمية ، وشهادة الميلاد الرسمية المسجلة فى سجل مدنى مدينة نصر ، لكنها تعيش الآن بالسعودية مع أب سعودى وأمها الحقيقية التى أنجبتها وتزوجت الرجل السعودى بعد إنجابها بثلاث سنوات من الأب المصرى الحقيقى ، بعد انفصالها عنه ، وأصبحت تلك الفتاة لها أبوان ، أحدهما مصرى والآخر سعودى كما تقول شهادة الميلاد الثانية التى تم إستخراجها كساقط قيد بعد ميلادها بثلاث سنوات . فالفتاة أصبح لها فى سجل مدنى مدينة نصر شهادتا ميلاد أحدهما صحيحة ، كما أكد القائمون على سجل مدنى مدينة نصر ، وأن الأم واحدة والأبوان مختلفان ، وتاريخ ميلادها فى الشهادتين واحد .

فى هذه القضية تزوجت السيدة الرجل السعودى بعد طلاقها من زوجها والد أبنتها ، وبعد عدة شهور طالب الأب المصرى الأم بابنته لضمها لحضانته ودياً ، إلا أنها أخبرته أن الفتاة قد توفيت ، وصدقها الرجل ، ثم ذهبت الأم بصحبة الرجل السعودى وشيخ الحارة إلى مكتب سجل مدنى مدينة نصر ، واستخرجا ساقط قيد للطفلة بحجة أنهما لم يستطيعا تسجيلها عند ولادتها وقدما إقرار بذلك ، وأقر على ذلك شيخ الحارة واستخرجا لها شهادة ميلاد باسم الأم المصرية والأب السعودى . وأصبحت الفتاة تحمل

([1]) تم نشر واقعات هذه القضية بجريدة أخبار الحوادث – العدد ٥٥ بتاريخ ١٢-١٠-٢٠٠٢ (د. عبد الصبور شاهين – د. محمد إبراهيم الدهشورى – أحكام النسب فقهاً وقضاءً ص٢٥٥) .

الجنسية السعودية ، وعلم الأب المصرى من مجهول أن ابنته مازالت على قيد الحياة وأنها سجلت باسم الرجل السعودى بعد زواجه من أمها عقب طلاقها منه . أقام الأب المصرى دعوى نسب الطفلة من خلال الأوراق ، وتداولت الدعوى بالجلسات إلى أن خضع الأب المصرى والأب السعودى والأم المصرية والفتاة المتنازع فى نسبها إلى تحليل (DNA) بناء على أمر المحكمة ، وأحيلوا جميعاً إلى مصلحة الطب الشرعى ، وهنا يكون الفصل بنتيجة تحليل (DNA) ونسب الطفلة إلى أبيها الحقيقى المصرى[1] .

(1) د. عبد الصبور شاهين – د. محمد ابراهيم الدهشورى – أحكام النسب فقهاً وقضاءً ص٢٥٥ ، ٢٥٦ .

المبحث الأول

القيافة وإثبات النسب

كان رسول الله ﷺ والصحابة الكرام من بعده يعتمدون أحياناً على القيافة في ثبوت النسب .

<u>القيافة :</u> تتبع الأثر ، والنظر بفراسة في وجوه الشبه بين شخصين لمعرفة أبينهما نسبة في الإخوة أم لا([1]) .

وهذا ما يعتبر موازياً للتقدم البيولوجي والعلم الحديث بتحليل الحمض النووي (DNA) كالآتي :

عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت : دخل على النبي ﷺ ذات يوم مسروراً تبرق أسارير وجهه .. فقال : (ألم ترى إلى مجزز المدلجي ؟ نظر آنفاً إلى زيد ابن حارثة ، وأسامة بن زيد ، فقال : هذه الأقدام بعضها من بعض ...) .

وقد أقر جمهور الفقهاء بهذا العلم ، ووجوب الحكم والقضاء به في الأنساب والآثار .

وإشارة للحديث السابق :- بما أن الكفار كان يقدحون في نسب أسامة لكونه كان أسود شديد السواد وكان زيد أبيض ، كذا قال أبو داود ، وأم اسامة هي أم أيمن وكانت حبشية سوداء ، واعتمد الإمام مالك والشافعي

([1]) د. محمد محمد أبو زيد – دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب – مجلة الحقوق الكويتية – عدد مارس ١٩٩٦ – العدد الأول – س٢٠ ص٢٢٥ . (د. عبد الصبور شاهين ود. محمد إبراهيم الدهشوري – المرجع السابق ص٢٥٧) .

وجمهور العلماء على هذا الحديث في اعتبار القيافة سند فى ثبوت النسب ، باعتبار أن تقرير النبى ﷺ سنة ، وإقراره وسعادته بقول مجزز المدلجي بنسب أسامة بالقيافة إلى زيد بين حارثة بقوله أن هذه الأقدام بعضها من بعض ، فذلك إقراراً منه ﷺ بالقيافة فى إثبات النسب حيث لم ينكر النبى ﷺ ، ولم يزجر مجزز ولم ينهاه ، وأما عن قوله ﷺ (الولد للفراش) فذلك إذا علم الفراش ، فالحكم به قطعاً يكون مقدماً ، وأما القيافة فعند عدمه .

ومادامت القيافة علم أقرر به جمهور الفقهاء ، وأوجبوا القضاء به في الأنساب والآثار ، فمن الصور الحديثة للقيافة والأشد دقة ، والمبنية على أساس علمي ثابت تحليل الدم والإختبارات الوراثية ، فالعلوم الحديثة تدلنا على أن التحاليل والإختبارات العلمية تعد دليلاً فى إثبات النسب أو نفيه .

وذلك أمام ادعاء المتنازعين حيث يصبح من الصعب تقديم إدعاء على آخر دون الاعتماد على مثل هذا الدليل العلمي ، وإلا فلن يكون أمامنا سواء حلول قائمة على الشك والاحتمال في زمن قدم لنا فيه العلم شبه اليقين إن لم يكن اليقين ذاته(1) .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الحنفية يعارضون الأخذ بالقيافة فى مسألة النسب ، لأنها إسلوب يقوم على مجرد الشبه وذلك مبنى على الظن والتخمين ، والشبه قد يقع بين الأجانب وينتفي بين الأقرباء ، وعن تحليلهم بسرور الرسول ﷺ بشأن ما قاله القائف فى أسامة بن زيد ، فيقولون أنه لا يدل على ثبوت النسب اعتماداً على قول القائف ، لأن نسب أسامة كان ثابتاً

---

(1) د. محمد محمد أبو زيد – المرجع السابق ص٢٧٤ (د. عبد الصبور شاهين ود. محمد إبراهيم الدهشورى – المرجع السابق ص٢٦٠) .

بالفراش ، وإنما كان سروره ﷺ قطع ألسنة الطاعنين في نسب أسامة بن زيد وكفهم عن الكلام فيه[1] .

والحقيقة أن معارضة الحنفية للأخذ بالقيافة كان على أساس أنها تقوم على مجرد الظن والتخمين ، إلا أن إسلوب القيافة قد تطور وأصبح موضوعاً لدراسات دقيقة .. وأصبحت نتائجه العلمية مؤكدة سواء فيما يتعلق بنفي النسب أو إثباته .. وهو المتعارف عليه بالبصمة الوراثية (DNA) .

([1]) المرجع السابق .

الفرع الثانى

التقدم البيولوجى وإثبات النسب

من الحقائق العلمية المسلم به فى الطب الشرعى أن تحليل فصائل الدم يفيد فى نفى النسب عند المنازعة فيه ، أما ثبوت النسب فكان مجرد احتمالات إلى أن تم اكتشاف الحمض النووى (DNA) وهو ما يسمى بالبصمة الوراثية .

واليوم وبعد التقدم العلمى أصبح من الممكن إثبات النسب عن طريق إختبارات علم الوراثة وليس نفيه فقط ـ على النحو المبين فى المبحث التالى :-

المبحث الأول

دور فحص الدم والبصمة الوراثية (DNA)

فى نفى وإثبات النسب

تجدر الإشارة هنا إلى أنه عن طريق فحص دم الفصيلة التى ينتسب إليها دم الزوجة والزوج والولد أمكن التوصل إلى أحد فرضين :

الفرض الأول

ظهور مخالفة بين دم الطفل مخالفة لمقتضيات تناسل فصيلتى الزوجين ، وهذا يعنى أن الزوج ليس هو الأب الحقيقى للولد .

الفرض الثانى

ظهور فصيلة دم الطفل متوافقة لمقتضيات تناسل فصيلتى دم الزوجين .. وهذا يعنى أن الزوج هو الأب الحقيقى للولد .. وقد لا يكون كذلك .. لأن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها كثيرون يحتمل أن يكون الأب واحد منهم .

ومما سبق فإن فصائل الدم تفيد في الحصول على دليل نفي قاطع ولكنها لا تفيد في الحصول على دليل إثبات .. بل هي قرينة يعوزها البرهان .

فهذا التحليل يكون مهماً لمن يريد أن يصل إلى دليل نفي النسب .. لأنه قد يثبت من نتيجة التحليل أن الولد لا يمكن أن ينتسب إليه .. وهذا ما يدفع للقول بجواز تمسك أحد الخصوم أمام المحكمة بضرورة فحص الدم بهدف الحصول على دليل نفي البنوة ، ويعتبر رفض هذا الطلب من جانب المحكمة إخلالاً بحق الدفاع .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت الحقائق العلمية المسلم بها في الطب الشرعي الحديث تفيد أن تحليل فصائل الدماء قد تقطع بنتيجة في نفي نسب الطفل عند المنازعة فيه وإن كان من غير اللازم أن تقطع في ثبوته ، واتحاد الفصائل أو اختلافها بين الأصول والفروع أياً كان الرأي العلمي فيه ، هو اعتبار عام لا ينهض في وجه ما تمسك به المتهم في خصوص دعواه من أن الطفل لا يمكن نسبته إليه ولو بدليل محتمل . محتكماً إلى الخبرة الفنية البحتة التي لا تستطيع المحكمة أن تشق طريقاً فيها إلا بمعرفة ذويها ، وكان لا يعرف حاصل ما كان ينتهي إليه رأي المحكمة لو ثبت لها بيقين من نتيجة تحليل الفصائل أن الطفل لا يمكن أن يعزى إلى المتهم ، وكان رد الدفاع يحدث في وجدان القاضي ما يحدثه دليل الثبوت ، فإنه كان يتعين على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع الجوهري عن طريق المختص فنياً وهو الطبيب الشرعي أما وهي لم تفعل اكتفاء بما قالته من أنه ليس من اللازم أن تتحد فصائل دماء الأصول والفروع فإنها بذلك تكون قد أحلت نفسها محل الخبير الفني في مسألة فنية ، ويكون حكمها معيباً بالإخلال

بحق الدفاع مما يتعين معه نقضه([1]) .

فتحليل الدم لا يفيد إلا فى نفى النسب .. مع مراعاة القاعدة الأصلية من أن الولد للفراش ، ولا ينتفى إلا بالملاعنة ، وتكون الملاعنة بالإضافة إلى تحليل الدم للنفى . للتأكد من نفى نسب الولد .

أما بالنسبة للطرف الذى يريد ثبوت النسب ، فلن يجد فى تحليل الدم الوسيلة التى تثبت ذلك ، ولكن نظراً للتقدم العلمى واكتشاف حمض معين فى جسم الإنسان ، أمكن اكتشاف جزء معين فى تركيب هذا الحمض ، يحمل الصفات الوراثية بكل فرد .. ويعتبر مخزناً للمعلومات الوراثية بشأن نوع فصيلة الدم ، ونوع بروتينه وأنزيماته ، وشكل بصمات الأصابع ، ولون البشرة ، والشعر والطول والنوع والأسنان ....

والصفات الوراثية تكون خاصة لكل فرد وتبقى ملازمة له طول حياته وسميت هذه الصفات بالبصمة الوراثية لأنه لا يتشابه فيها إنسان مع آخر ... فلكل إنسان بصمته الوراثية الخاصة به .

ومعرفة البصمة الوراثية لشخص ما تكون عن طريق فحص الحمض النووى لأخذ المواد السائلة فى جسمه كالدم أو اللعاب أو أحد الأنسجة ، اللحم أو الجلد أو الشعر أو العظام ... ويحتم الاستفادة من هذا

([1]) الطعن رقم ٣٨١٢١٧ق جنائى جلسة ٢١-١٠-١٩٩٨ - منشور تحت رقم المبدأ ٩٥ - تحقيق ثبوت النسب - مبادىء القضاء للأحوال الشخصية المستشار أحمد نصر الجندى - طبعة ١٩٨٩ - ص١٠٦٣ - وأشار وعلق عليه د. محمد محمد أبو زيد فى مرجعه السابق الإشارة إليه .
(انظر د. عبد الصبور شاهين - د. محمد إبراهيم الدهشورى - المرجع السابق ص٢٦٤) .

الكشف العلمى فى التوصل إلى ما إذا كان الأثر الأولى الخاضع للفحص يخص شخصاً معيناً أم لا .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المحاكم الفرنسية تلجأ لهذا العلم الحديث منذ أكثر من نصف قرن فى مسألة ثبوت النسب .. وصدرت أحكام كثيرة بثبوت النسب المتنازع عليه بناء على إجراء إختبارات وراثية للأطراف المعنية ، وقد عرفت مصر إستخدام تحليل الحمض النووى (DNA) منذ سنة ١٩٩٦ ، وقد تم إجراء تحليل الحامض النووى على أكثر من خمسين شخصاً .

المبحث الثانى

تحليل الـ DNA والشريعة الإسلامية

قد يعترض أحد الخصوم أثناء التقاضى سواء كان مدعياً أو مدعى عليه على هذا الفحص اعتباراً أن هذا أمر يتعارض مع الأخذ باللعان ، كإجراء شرعى لنفى النسب ويزعم أنه يتعارض مع عمل الرسول ﷺ وأنه يقع بذلك مخالفاً للشريعة الإسلامية .

ويمكن أن يرد عليهم بأن الأحكام الفقهية التى توصل إليها الفقهاء فى موضوع إثبات النسب قامت على أساس الإلتزام بمبادىء الشريعة الإسلامية دون إغفال للحقائق العلمية فى زمانهم .. وأن الإسلام دين يصلح لكل زمان ومكان وبالتالى فإن الفقه لابد وأن يكون معاصراً لتطورات الحياة ومتمشياً مع ظروف كل زمان ومكان لأن الإسلام رسالة لجميع البشر إلى أن تقوم الساعة .

وهذا ما دفع المشرع المصرى منذ أكثر من خمسين عاماً إلى أن يتدخل فى مسألة إثبات النسب ، ليعدل المذهب الحنفى بشأن الأحكام الفقهية آخذاً فى الإعتبار الاكتشافات العلمية الحديثة .. وذلك لكى تأتى الأحكام مسايرة لتغير الزمان دون خروج على أحكام الشريعة الإسلامية ، ويبدو ذلك واضحاً فى تعديل أقصى مدة للحمل بجعلها سنة بدلاً من سنتين فى المذهب الحنفى وذلك كان بالرجوع إلى الطب الشرعى وهم أهل الذكر فى هذا المجال ، وهذا بالإضافة إلى إقرار الرسول ﷺ للقيافة فى إثبات النسب .. ولأنها لو كانت باطلة ما أقرها الرسول ﷺ .

وتحليل الدم أو البصمة الوراثية بعد تطوراً علمياً فى مسألة القيافة وإمتداداً لها وهو لا يتعارض مع مبادىء الشريعة الإسلامية ولا يخالف عمل الرسول ﷺ .

فنستطيع القول بأنه يجوز للمشرع أن يتدخل بمسايرة التقدم العلمى فى مجال إثبات النسب أو نفيه فى حدود ما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها وفى حدود ما هو معلوم من الدين بالضرورة وطبقاً للمنهج الشرعى .

وتجدر الإشارة هنا إلى تأكيد مفتى الديار المصرية د. على جمعة فى جريدة الأهرام المنشورة فى ١١-٣-٢٠٠٦ ، على أنه لا مانع من إلزام المنكر للنسب سواء كان الرجل أو المرأة من إجراء تحليل البصمة الوراثية (DNA) عندما يدعى أحدهما أو كلاهما . قيام علاقة زوجية بينهما مع عدم وجود مانع شرعى للزواج بين الرجل والمرأة ، ولو لم تثبت تلك العلاقة الزوجية بينهما فى ذاتها بشهود أو توثيق أو نحوهما ، وكذلك الحال فى حدوث وطء بشبهة أو عقد فاسد بينهما ، وهذا لإثبات نسب طفل يدعى أحدهما أو كلاهما أنه ولد منهما ، كما أوضح أن الإسلام يدعو إلى الأخذ بالوسائل العلمية المادية التى توصل إلى معرفة الحقيقة على وجه اليقين(١) .

تم بحمد الله وعونه

(١) انظر د. عبد الصبور شاهين ود. محمد إبراهيم دهشورى – المرجع السابق ص٢٦٩ ، ص٢٧٠ .

المراجع

الفقه الحنفي :

١- الاختيار شرح المختار ، المسمى بالاختيار لتعليل المختار ، تأليف عبد الله بن محمود بن مودود بن محمود الموصلي الحنفي – المتوفى سنة ٦٨٣هـ.

٢- الأشباه والنظائر لابن نجيم المصرى المتوفى سنة ٧٩٠هـ .

٣- البحر الرائق ، شرح كنز الدقائق ، شرح للعلامة زين العابدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم المصرى الحنفي – المتوفى سنة ٩٧٠هـ على كنز الدقائق للنسفي .

وعلى هامشه : منحة الخالق ، على البحر الرائق ، وهى حواش عليه لابن عابدين وكذلك كنز الدقائق للنسفي .

٤- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني المتوفى سنة ٥٨٧ هـ .

٥- تبيين الحقائق للزيلعي المتوفى سنة ٧٤٣هـ ، وهو شرح على كنز الدقائق للنسفي .

٦- جامع الفصولين ، لابن قاضى سماوة المتوفى سنة ٨١٨هـ .

٧- الجامع الوجيز المعروف بالفتاوى البزازية تأليف محمد الكردرى الخوارزمى المشهور بالبزازى ، المتوفى سنة ٨٢٧هـ .

٨- الجوهرة النيرة ، شرح العلامة أبى بكر محمد العبادى اليمنى ، المتوفى سنة ٨٠٠هـ .

٩- حاشية سعد الله بن عيسى المفتى ، الشهير بسعد الجلبى وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥هـ ، على العناية شرح الهداية للبابرتى ، مطبوع على هامش شرح فتح القدير .

١٠- حاشية الشلبى على شرح الزيلعى على كنز الـدقائق .. وهـو فقيـه مصرى توفى حوالى سنة ١٠٠٠هـ ، مطبوعة على هـامش تبيـين الحقائق للزيلعى .

١١- الدر المختار ، فى شرح تنوير الأبصار للحـصكفى المتـوفى سـنة ١٠٨٨هـ مطبوع على هامش رد المحتار على الدر المختار .

١٢- رد المحتار ، على الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار لابن عابـدين المتوفى سنة ١٢٥٢ ، وهى حاشية علـى الـدر المختـار ، شـرح الحصكفى على تنوير الأبصار للتمرتاشى .

١٣- رمز الحقائق على كنز الدقائق للعينى المتوفى سنة ٨٥٥هـ ، وهـو شرح على كنز الدقائق للنسفى .

١٤- شرح العناية على الهداية ، للبابرتى المتوفى سنة ٧٨٦هـ ، مطبوعة على هامش شرح فتح القدير .

١٥- العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية للعلامة السيد محمد أمين ابن عمر المشهور بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢هـ .

١٦- عمدة أرباب الفتاوى للسيد عبد الله أسعد ، بترتيب أبى السعود محمـد بـن على الشروانى مفتى المدينة ، من علماء القرن الرابع عشر الهجرى .

١٧- غنية ذوى الأحكام فى بغية درر الحكام وهى حاشية لأبى الإخـلاص الشيخ حسن بن عمار بن على بن يوسف ، المعـروف بالـشرنبلالى المصرى الحنفى - المتوفى سنة ١٠٦٩هـ ، على درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسروا ، مخطوط بالمطبعة الأزهرية بخط محمـد الشحات سنة ١٢٦٩ رقم (٥١٦) ٩١٢٣ .

١٨- الفتاوى الأسعدية فى فقه الحنفية للسيد أسعد المدنى الحسينى ، رتبهـا تلميذه الشيخ محمد بن مصطفى قنوى زاده .

١٩- الفتاوى الأنقروية ، للشيخ محمد بن الحسينى ، المتوفى سنة ١٠٩٨هـ .

٢٠- الفتاوى الخيرية لنفع البرية للعلامة خير الدين بن أحمد بن نور الدين على بن زين الدين بن عبد الوهاب الأيوبى ، المعـروف بـالعليمى ، المتوفى سنة ١٠٨١هـ .

٢١- الفتاوى الرحيمية ، فى واقعات السادة الحنفية ، للشيخ عبد الرحيم ابن أبى اللطف بن إسحاق بن محمد الحسينى القدسى الحنفى – المتـوفى سنة ١١٠٤هـ ، جمعها ولده السيد محمد بن عبد الرحيم .

مخطوط بالمكتبة الأزهرية ، بخط الموصلى سنة ١٢٨٨هـ ، رقم [٢٠١١] رافعى ٢٦٨٥٠ .

٢٢- فتاوى قاضيخان : لقاضى خان الفرغانى المتوفى سنة ٥٩٢هـ .

٢٣- الفتاوى الهندية ، تسمى أيضاً العالمكيرية : جمع جماعة من فـضلاء الهند برياسة الشيخ نظام حوالى ١٠٧٠هـ .

٢٤- فتح القدير : لكمال الدين محمد السيواسى ثم السكندرى ، المشهور بابن الهمام المتوفى سنة ٨٦١هـ ، وهو شرح على الهداية للمرغينانى .

٢٥- الكفاية ، لجلال الدين الخوارزمى الكرلانى على الهداية شرح بدايـة المبتدى ، وهو مطبوع مع شرح فتح القدير .

٢٦- اللآلى الدرية فى الفوائد الخيرية ، للشيخ نجم الدين الرملـى ، وهـى حاشية على جامع الأصولين ومطبوعة معه .

٢٧- اللباب في شرح الكتاب للميداني ، وهو شرح على مختصر القدوري .

٢٨- المبسوط لشمس الأئمة أبي بكر محمد السرخسي ، اختلف في تـاريخ وفاته ، فقيل إنه مات في حدود التسعين وأربعمائة ، وقيل في حـدود خمسمائة ، عن الفوائد البهية في تـراجم الحنفيـة ص١٥٨ ، وهـو مختصر الكافي ، والكافي شرح لكتب محمد .

٢٩- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، للشيخ عبد الرحمن بن محمـد ابن سليمان ، المعروف بـشيخي زاده وبالـداماد - المتـوفي سـنة ١٠٧٨هـ . وعلى هامشها در المنتقى في شرح الملتقى للحصكفي .

٣٠- مجموعة رسائل ابن عابدين - وهو العلامة السيد محمد أمين بن عمـر ، المشهور بابن عابدين - المتوفي سنة ١٢٥٢هـ .

٣١- مختصر القدوري ، للعلامة أبن الحسين أحمد البغـدادي المعـروف بالقدوري الحنفي ، المتوفي سنة ٤٢٨هـ .

٣٢- الهداية شرح البداية ، كلاهما للمرغيناني المتوفي سنة ٥٩٣هـ .

٣٣- واقعات المفتين ، لقدري أفندي الحنفي .

الفقة المالكي :

٣٤- أوضح المسالك وأسهل المراقي إلى سبك إبريز الشيخ عبـد البـاقي للرهوني من علماء القرن الثالث عشر الهجري ، وهو حاشية علـى شرح الزرقاني على مختصر خليل .

٣٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد القرطبي الأندلسي المـالكي المشهور بابن رشد الحفيد ، المولود سنة ٥٢٠هـ ، والمتوفي سنة ٥٩٥هـ.

٣٦- بلغة السالك لأقرب المسالك ، وهى حاشية للشيخ أحمد بن محمد الـصاوى المالكى ، على الشرح الصغير ، لأقرب المسالك ، كلاهما للدردير .

٣٧- التاج والأكليل لمختصر الشيخ خليل للعلامـة أبـى عبـد الله محمـد الغرناطى المشهور بالمواق ، وهو شرح مختصر خليل ، مطبوع على هامش مواهب الجليل .

٣٨- حاشية أبى عبد الله محمد المعروف بكنون ، وهى على شرح الزرقانى على مختصر خليل ، ومطبوعة على هامش أوضح المسالك.

٣٩- حاشية الدسوقى ، لمحمد الدسوقى المالكى ، المتوفى سـنة ١٢٣٠ ، وهـى على الشرح الكبير للدردير المسمى (منح القدير) على مختصر خليل .

٤٠- شرح الدردير ، على أقرب المسالك ، لمذهب الإمام مالـك ، لأبـى البركات الدردير العدوى المالكى الأزهرى ، المتوفى سنة ١٣٠١هـ .

٤١- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصـبحى صـاحب المـذهب المشهور المتوفى سنة ١٧٩هـ . رواية الإمام سـحنون ابـن سـعيد التنوخى عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العتقى .

٤٢- مواهب الجليل فى شرح مختصر خليل للحطاب المغربى الأصل المكى ، المتوفى سنة ٩٥٤هـ .

الفقه الشافعى :

٤٣- الأم ، للإمام الشافعى ، المتوفى سنة ٢٠٤هـ .

٤٤- حاشية الشبراملسى : للعلامة الشيخ أبى الضياء نور الدين علـى بـن على المعروف بالشبراملسى القاهرى ، المتوفى سنة ١٠٨٧هـ ، على

شرح الرملي المسمى : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج على منهـاج الطالبين للنووي ، وهي مطبوعة على هامش نهاية المحتاج .

٤٥- مختصر الإمام المزني ، وهو الإمام أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيـى بـن إسماعيل ابن عمر بن إسحق المشهور بالمزني ، (صاحب الإمام الـشافعي رضي الله عنه) - المتوفى سنة ٢٦٤هـ ، مطبوع على هامش الأم .

٤٦- المهذب لأبي إسحق إبراهيم الشيرازي الفيروز ابادي ، المتوفى سـنة ٤٧٦هـ .

٤٧- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، للرملي المنوفي المصري الأبصاري ، المعروف في عصره بالشافعي الصغير ، المتوفى سنة ١٠٠٤هـ ، وهو شرح على المنهاج للنووي .

<u>الفقه الحنبلي</u> :

٤٨- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى ، لصاحب كشاف القناع المعـروف بالبهوتي الحنبلي - المتوفى سنة ١٠٥١هـ ، وهو شرح على المنتهى للفتوحي ، مطبوع على هامش كشاف القناع .

٤٩- الروض المربع شرح زاد المستقنع ، وهو شرح للشيخ منـصور بـن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن أحمد بن إدريـس ، المعـروف بالبهوتي الحنبلي ، المتوفى سنة ١٠٥هـ ، علـى زاد المـستقنع ، مختصر المقنع ، لشرف الدين أبي النجا الحجاوي .

٥٠- الشرح الكبير ، لابن قدامة المقدسي الحنبلي (شمس الدين) المتوفى سنة ٦٨٢هـ ، وهو شرح على المقنع ، لموفق الدين بن قدامة المقدسـي المتوفى سنة ٦٢٠هـ ، مطبوع مع المغني .

٥١- كشاف القناع على متن الإقناع ، للبهـوتى الحنبلـى المتـوفى سـنة ١٠٥١هـ ، وهو شرح على الإقناع لطالب الانتفاع ، لأبـى النجـا شرف الدين الحجاوى المقدسي .

٥٢- مختصر الخرقى ، المتوفى سنة ٣٣٤هـ ن مطبوع مع شرحه «المغنى» .

٥٣- المغنى لابن قدامة المقدسى الحنبلى (موفـق الـدين) المتـوفى سـنة ٦٢٠هـ ، وهو شرح على مختصر الخرقى .

٥٤- نيل المآرب بشرح دليل الطالب ، وهو شرح للشيخ عبد القادر بن عمر الشيبانى الدمشقى الحنبلى ، المتوفى سنة ١١٣٥هـ ، علـى دليـل الطالب ، لنيل المطالب ، للشيخ مرعى بن يوسف المقدسى الحنبلى .

الفقه العام :

٥٥- الأحكام السلطانية ، للقاضى أبي يعلى الفراء الحنبلى – المتوفى سـنة ٤٥٨هـ ، تصحيح وتعليق الشيخ محمد حامد الفقى .

٥٦- الأحكام السلطانية ، للماوردى ، المتوفى سنة٤٥٠هـ .

٥٧- الاختيارات العلمية : لابن تيمية الحرانى الحنبلـى – المتـوفى سـنة ٧٢٨هـ .

٥٨- إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية الحنبلى المتـوفى سنة ٧٥١هـ .

٥٩- زاد المعاد فى هدى خير العباد ، لابن قيم الجوزية الحنبلى ، المتوفى سنة ٧٥١هـ ، تحقيق محمد حامد الفقى .

٦٠- المحلى بالآثار ، فى شرح المجلى بالاختصار : كلاهما لابـن حـزم الظاهرى الأندلسى ، المتوفى سنة ٤٥٦هـ ، وبأسفل صفحاتها تحقيق وشرح للشيخ أحمد محمد شاكر .

من كتب الشيعة :

٦١- البحر الزخار ، ومعه جواهر الأخبار والآثار المستخرجة مـن لجـة البحر الزخار ، الأول تأليف الإمام أحمد بن يحيـى بـن المرتـضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ ، والثانى تأليف العلامة محمد بن يحيى بهران الصعدى ، المتوفى سنة ٩٥٧هـ .

٦٢- المختصر النافع فى فقه الإمامية ، لأبى القاسم نجم الدين جعفـر بـن الحسن الحلى ، المتوفى سنة ٦٧٦هـ .

العلوم الإسلامية

أصول الفقه :

٦٣- الإحكام فى أصول الأحكام ، للآمدى .. وهو العلامـة سـيف الـدين الحسن على ابن أبى على بن محمد بن سالم الأصـولى ، المـشهور بالآمدى - المتوفى سنة ٦٣١هـ .

التفسير :

٦٤- أحكام القرآن ، لابن العربى المعافرى الأشبيلى المالكى ، المولود فى أشبيلية سنة ٤٦٨هـ ، والمتوفى فى فاس سنة ٥٤٣هـ .

٦٥- روح المعانى فى تفسير القرآن العظـيم والـسبع المثـانى للآلوسـى البغدادى الحسنى الحسينى ، مفتى بغداد ، المتوفى بها سنة ١٢٧٠هـ.

الحديث :

٦٦- سبل السلام ، للعلامة السيد محمد بن إسماعيل بن صـــلاح ، الأميـــر الكحلانى الصنعانى - المتوفى سنة ١١٤٢هـــ ، وهو شـــرح علـــى (بلوغ المرام من أدلة الأحكام) لابن حجر العسقلانى .

٦٧- فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، لابن حجر العسقلانى الشافعى - المتوفى بالقاهرة سنة ٨٥٢هـــ .

علم اللغة :

٦٨- تاج العروس ، من شرح جواهر القاموس ، للعلامة اللغوى أبى الفيض محمد بن محمد بن محمد بن عبد الرازق المعروف بالسيد مرتـــضى الحسينى الزبيدى الحنفى - المتوفى سنة ١٢٠٥هـــ ، على القـــاموس المحيط للفيروز ابادى .

٦٩- فقه اللغة ، تأليف الإمام أبى منصور عبد الملك بن محمد بن إسماعيل الثعالبى النيسابورى ، المتوفى سنة ٤٢٩هـــ .

٧٠- كفاية المتحفظ ونهاية المتلفظ ، وهو منختصر للعلامـــة أبـــى إســـحق إبراهيم ابن إسماعيل بن أحمد بن عبد الله الطرابلسى اللغوى المعروف بابن الأجدابى ، المتوفى فى حدود سنة ٦٠٠هـــ .

٧١- لسان العرب ، للإمام اللغوى جمال الدين أبى الفضل محمد بن جـــلال الدين أبى العز مكرم بن نجيب الدين أبى الحسن على بن أحمد بن أبى القاسم ابن حبقة ، المعروف بابن منظور الأنصارى الأفريقى المصرى - المتوفى سنة ٧١١هـــ .

٧٢- مختار الصحاح ، للعلامة الإمام زين الدين محمد بن شمس الدين أبى بكر ابن عبد القادر الرازى الحنفى ، من علماء القرن الثامن الهجرى.

٧٣- المصباح المنير ، فى غريب الشرح الكبير - للعلامة أحمد بن محمـد بن على المقرى الفيومى - المتوفى سنة ٧٧٠هـ .

كتب حديثة :

٧٤- الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسـلامية فقهـاً وقـضاءً للـدكتور عبد العزيز عامر .

٧٥- أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية للشيخ أحمد إبـراهيم إبراهيم .

٧٦- أحكام الأحوال اللشخصية فى الشريعة الإسلامية ، للدكتور الشيخ عبد الرحمن .

٧٧- الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى ، للدكتور محمد يوسف موسى .

٧٨- أحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية ، لعمر عبد الله .

٧٩- الأحوال الشخصية ، قسم الزواج ، للشيخ محمد أبو زهرة .

٨٠- التشريع الجنائى الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى ، الجـزء الأول ، القسم العام ، للأستاذ عبد القادر عودة .

٨١- التعزير فى الشريعة الإسلامية للدكتور عبد العزيز عامر .

٨٢- شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية ، لمحمد زيد الإبيانى بك.

٨٣- مرجع القضاء فى تشريعات الأحوال الشخــصية للأجانـــب ، لحـــسن الأشمونى ومحمد عبد الكريم .

٨٤- المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية للمصريين لصالح حنفى .

٨٥- النسب وآثاره ، للدكتور محمد يوسف موسى .

دوريات :

٨٦- مجلة القضاء الشرعى .

٨٧- مجلة المحاماة الشرعية .

قوانين :

٨٨- المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشتمل على لائحـــة ترتيـــب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها .

٨٩- القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعـــض مـــسائل الأحوال الشخصية .

٩٠- المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بـــبعض أحكـــام الأحـــوال الشخصية .

فهرس الكتاب

الموضوع **رقم الصفحة**

ثبوت النسب

الفصل الأول : مدة الحمل ١٠

الفرع الأول : أقل مدة الحمل ١

الفرع الثاني : أكثر مدة الحمل ٣

الفصل الثاني : النسب من الزواج الصحيح ١٢

الفرع الأول : نسب المولود حال قيام الزوجية أو بعد طلاق
رجعي ١٢

المبحث الأول : نسب المولود حال قيام الزوجية ١٢

المبحث الثاني : نسب المولود بعد طلاق رجعي ٣١

الفرع الثاني : نسب المولود بعد الفرقة أو وفاة الزوج ٣٨

المبحث الأول : نسب المولود بعد طلاق بائن ٣٨

المبحث الثاني : نسب ولد المتوفى عنها زوجها ٤٧

الفرع الثالث : نسب ولد الآيسة والصغيرة ٥٠

المبحث الأول : نسب ولد الآيسة المعتدة ٥٠

المبحث الثاني : نسب ولد الصغيرة المعتدة ٥٢

المبحث الثالث : نسب ولد المطلقة بائناً والمعتدة من وفاة ٦٠
إذا تزوجت ....

الموضوع	رقم الصفحة
الفرع الرابع : الجارى عليه العمل فى نسب المطلقة والمتوفى عنها زوجها	٦٢
الفرع الخامس : إثبات نسب ولد المعتدة	٦٥
الفصل الثالث : **النسب من زواج غير صحيح أو دخول بشبهة** ..	٧٦
الفرع الأول : النسب من زواج غير صحيح	٧٦
الفرع الثانى : النسب فى الوطء بشبهة	٨٣
المبحث الأول : تعريف الشبهة وأقسامها	٨٣
المبحث الثانى : حكم النسب عند الوطء بشبهة	٨٧
الفصل الرابع : **الإقرار بالنسب والتبنى**	٩٢
الفرع الأول : الإقرار بالنسب	٩٢
المبحث الأول : نوعا الإقرار	٩٢
المبحث الثانى : بأيهما يثبت النسب	٩٣
المبحث الثالث : الإقرار الذى فيه تحميل النسب على الغير ..	١٠٤
المبحث الرابع : دعاوى النسب	١٠٨
المبحث الخامس : أهم الفروق بين نوعى الإقرار	١١٠
الفرع الثانى : الفرق بين النسب بالدعوة والتبنى	١١٢
الفصل الخامس : نفى النسب : اللعان	١١٤

الموضوع	رقم الصفحة

الفرع الأول : تعريف اللعان وسببه وشروطه وكونه واجباً . ١١٤

المبحث الأول : تعريف اللعان ١١٤

المبحث الثانى : سبب اللعان ١١٩

المبحث الثالث : شروط اللعان ١٢٠

المبحث الرابع : اللعان واجب ١٢٥

الفرع الثانى : أثر اللعان ١٢٦

المبحث الأول : أثره فى الفرقة ١٢٦

المبحث الثانى : أثره فى نفى النسب ١٢٨

الفصل السادس : الطرق الحديثة لإثبات النسب ١٥٣

الفرع الأول : تنازع النسب والقيافة ١٥٣

المبحث الأول : القيافة وإثبات النسب ١٥٨

الفرع الثانى : التقدم البيولوجي وإثبات النسب ١٦١

المبحث الأول : دور فحص الدم والبصمة الوراثية (DNA) فى نفى وإثبات النسب ١٦١

المبحث الثانى : تحليل الـ (DNA) والشريعة الإسلامية. ١٦٥